

## DECISÃO

**Processo Licitatório**

**Pregão Presencial nº 005/2016**

Trata-se de Impugnações ao Edital de Pregão Presencial n.º 005/2016 efetuado pelas empresas **Claro S.A.** e **OI. S. A.**, efetuando diversos questionamentos quanto ao conteúdo do Edital:

Ao final requerem as alterações propostas nos termos do Edital em comento e consequente republicação do mesmo com a suspensão do certame.

Em juízo de admissibilidade nota-se que os recursos apresentados encontram-se de forma tempestiva nos termos da Lei, as partes são legítimas e devidamente representadas.

**É o relatório.**

**Decido.**

Trata-se de impugnações ao Edital do Pregão Presencial n.º 005/2016 efetuado pelas empresas **Claro S.A.** e **OI. S. A.**, em face de medidas que entendem serem pertinentes.

Assim, passamos a analisar todos os argumentos das empresas.

## DA IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA CLARO S. A.

Afirma a empresa Impugnante:

**I - Da Ausência de Previsão de índice de Reajuste Anual do Contrato – Cláusula 8.9 da Minuta Contratual (Anexo X).**

O reajuste dos preços praticados no contrato administrativo firmado por órgãos ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é tratado no Art. 40, inc. XI, Art. 55, inc. III, da Lei n.º 8.666, de 1993 e Arts. 1º, 2º e 3º da Lei n.º 10.192, de 2001.

O reajuste dos preços praticados no contrato administrativo é convencionado entre os contratantes no propósito de evitar que venha a romper-se o equilíbrio-financeiro do ajuste em razão da elevação dos custos decorrentes da mão-de-obra ou de insumos utilizados no contrato.

Na lição de Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> o reajustamento contratual de preços e de tarifas é medida convencionada entre as partes contratantes para evitar

<sup>1</sup> Direito Administrativo Brasileiro, 28ª edição; Editora Malheiros, p.210

que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de execução do contrato administrativo, venha a romper-se o equilíbrio financeiro do ajuste.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>2</sup> afirma que pela cláusula de reajuste, o contratante particular e o Poder Público adotam no próprio contrato o pressuposto *rebus sic stantibus* quanto aos valores dos preços em função de alterações subseqüentes. É dizer: pretendem acautelar os riscos derivados das altas que, nos tempos atuais, assumem caráter de normalidade. Portanto, fica explícito no ajuste a propósito de garantir com previdência a equação econômico-financeira, na medida em que se renega a imutabilidade de um valor fixo e acolhe como um dado interno a própria avença, a atualização do preço.

Vale destacar que o reajuste é instituto diverso da revisão contratual prevista no art. 65 da Lei 8.666/93. A revisão decorre de fatos imprevisíveis, caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária. O reajuste objetiva recompor os preços praticados no contrato em razão de fatos plenamente previsíveis no momento da contratação, diante da realidade existente.

O reajuste de contratos administrativos firmados pela Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é regido pelas disposições da Lei 10.192, de 2001 e, no que com ela não conflitarem, com as disposições da Lei 8.666/93. Confira-se, a propósito, o inteiro teor do art. 3º, caput, da Lei 10.192/2001:

*Art. 3º - Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do*

<sup>2</sup> Curso de Direito Administrativo, 12ª edição. Editora Malheiros, p.571



*Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

Mais especificamente, as normas gerais para o reajuste dos preços praticados nos contratos administrativos atualmente firmados estão contidas nos artigos Art. 40, inc. XI, Art. 55, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993 e Arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 10.192, de 2001, a seguir abordados.

*Art. 1º - As estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal.*

*Parágrafo único. São vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de:*

*(...)*

*III - correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados, ressalvado o disposto no artigo seguinte.*

*Art. 2º - É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.*

*§ 1º - É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.*

*§ 2º - Em caso de revisão contratual, o termo inicial do período de correção monetária ou reajuste, ou de nova revisão, será a data em que a anterior revisão tiver ocorrido.*

*§ 3º - Ressalvado o disposto no § 7º do art. 28 da Lei no 9.069, de 29 de junho de 1995, e no parágrafo seguinte, são nulos de pleno direito quaisquer*

*expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior à anual.*

Como se observa, a lei veda a estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração inferior a um ano (art. 1º), mas admite o reajuste nos contratos de duração igual ou superior a um ano (art.2º).

Vale destacar que a lei (art. 2º,§3º) estabelece a nulidade, de pleno direito, de quaisquer expedientes que, na apuração do índice de reajuste, produzam efeitos financeiros equivalentes aos de reajuste de periodicidade inferior a anual

Na lei 8.666, de 1993, o reajuste dos contratos administrativos, e a admissão da adoção de índice específico ou setorial, tem previsão nos artigos 40, XI, e 55 de teor seguinte:

*Art. 40 - O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:*

*(...)*

*XI - 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.*

*Art. 55 - São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:*

*(...)*

*III - 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;*

Assim, por força dessas disposições, o edital da licitação deve indicar o critério de reajuste e o contrato administrativo deve conter cláusula que contenha critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, que serão aqueles estabelecidos pelos artigos 1º e 2º da Lei 10.192/2001.

Quanto à periodicidade do reajuste, vale destacar que desde o Plano Real – Lei 9.069/1995 – está vedada a correção monetária por índice de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados com periodicidade inferior a um ano.

A propósito vale destacar que a Lei 10.192/2001, no seu artigo 3º, ao determinar a aplicação de suas disposições aos contratos administrativos, estabeleceu a forma de contagem da periodicidade anual exigida para o reajuste (§1º) e atribuiu ao Poder Executivo de cada ente da Federação a regulamentação do disposto nesse artigo (§2º). Eis a íntegra do art. 3º:

*Art. 3º - Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.*

§ 1º - A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

§ 2º - O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.

Desta feita, muito embora o contrato inicial seja de apenas 12 (doze) meses, o que, em tese, não necessitaria de informar índice de reajuste, em face da vedação expressa de reajuste nesse período, pode ocorrer de haver prorrogação do contrato pelo prazo legal, o que ensejaria a repactuação com índice previamente definido.

Assim, razão assiste a impugnante, motivo pelo qual será modificado o Edital para que possa constar o índice de reajuste anual do contrato, pelo Índice de Serviços de Telecomunicações-IST, normatizado inicialmente pela Resolução nº 420 e revisado pela Resolução nº 532 de 03/08/2009, ambas da ANATEL.

## **II – Do Prazo Exíguo para atendimento e Suporte Técnico, Item 11.2 do Termo de Referência (Anexo I).**

Alega a empresa Impugnante que o prazo estabelecido no item 11.2 do Termo de Referência de suporte técnico em 02 (duas) horas inviabiliza o cumprimento do contrato em face da demanda de contratos de prestação de serviços e deslocamento de técnicos até o local da prestação dos serviços.

A equipe técnica da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso através do Memorando 107/2016/CI/ALMT concordou com a alteração alterando esse prazo para 04 (quatro) horas.



Desta feita será efetuada a modificação quanto a este item.

**III – Das Exigências Relativas a Pagamento e Faturamento (Termo de Referência (itens 16.1, 16.2, 16.6 e 16.7) e Termo de Referência Cláusula Oitava – Do Pagamento e do Reajuste.**

Afirma a Impugnante da exigência apresentada nos itens acima causam impacto nos diversos sistemas de faturamento das empresas, considerando que todas trabalham com emissão de boleto bancário com pagamento através de código de barra.

Assiste razão mais uma vez a Impugnante, haja vista que, com a exigência de pagamento através de ordem bancária fará com que a empresa vencedora não consiga mensurar junto a seus sistemas meios de saber de qual numero pertença o pagamento.

Note-se que comumente os pagamentos são efetuados através de sistema de faturamento com pagamento através de código de barras o qual obtém toda a informação para que seja dado “baixa” nos débitos referente à prestação dos serviços.

Açsim, será modificado o Edital quanto a este item para que possa ser ajustado ao pagamento através de faturamento através de boleto bancário.





**IV – Termo de Referência.**

A equipe técnica da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso através do Memorando 107/2016/CI/ALMT concordou com a Impugnante informando que será removido do Termo de Referência qualquer menção aos serviços de DDG (0800) haja vista que o mesmo será licitado através de processo específico.

**DA IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA OI S. A.****I – Da Vedação de Participação de Licitantes em regime de Consórcio.**

A possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio fica ao juízo discricionário da Administração, conforme o Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, tendo a equipe técnica se manifestado a respeito desse tema nos autos do processo.

A vedação de participação de empresas em consórcio tem como objetivo evitar a pluralidade de empresas prestando o mesmo serviço à Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, o que além de problemas relativos à transferência de responsabilidade em eventuais falhas, evita, também, problemas relativos ao faturamento de um mesmo contrato em empresas distintas.

Ademais, o mercado de telecomunicações conta com empresas aptas a prestar o serviço de forma individualizada.

A intenção do legislador da Lei Geral de Licitações e Contratos em facultar à Administração a permissão de empresas em consórcio é justamente evitar o cartel de empresas no certame, implicando, por óbvio, em preços desvantajosos em autêntica burla a lei.

Corroborando com entendimento do i. jurista, temos o seguinte entendimento do TCU, a saber:

*A respeito da participação de consórcios, a jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso.*

Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois, como já mencionado acima, os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados.

Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do Relatório e Voto que impulsionaram o Acórdão n. 2.813/2004 - 1ª Câmara, que reproduzo abaixo:

*O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque, ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do*

certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre si). Com os exemplos fornecidos pelo Bacen, vemos que é prática comum a não-aceitação de consórcios. (grifou-se).

Destarte, por entender a Impugnante que não há garantia de aumento de competitividade, sendo um grande risco à associação de empresas e por se tratar o objeto de contratação, essencialmente de prestação de serviços de telefonia, não merece prosperar os argumentos da Denunciante, porque não há qualquer desrespeito às normas citadas em sua peça de impugnação.

## **II – Previsão de Exigências Restritivas à Participação das Licitantes.**

É importante esclarecer que o Edital de Licitação deste Pregão foi devidamente analisado pela Procuradoria Jurídica, nos termos do Art. 38 da Lei 8666/93.

Ressalto que os atos praticados por esta Administração em seus procedimentos licitatórios, obrigatoriamente, são pautados pelos princípios da isonomia e da legalidade, em consonância com o disposto no artigo 3º da Lei 8.666/93.

*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.*

Digo isso porque o regime jurídico da Administração Pública, como atividade de gestão da *res publicae*, encontra-se alicerçado em dois postulados fundamentais: a supremacia do interesse público e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. A partir destes, surgem outros princípios que devem orientar o agir administrativo, como os da legalidade e da impessoalidade.

Ora, o princípio da legalidade é um dos cânones do Estado de Direito, o que significa que o administrador público deverá sempre atuar conforme o interesse público, isto é, buscando sempre a melhor solução para a coletividade administrada, nos termos da lei.

No entanto, como é impossível que se faça uma previsão legal determinada de todas as condutas da Administração, existem hipóteses em que a lei outorga competência ao administrador, deixando-lhe um juízo de mérito para a escolha da solução que melhor atenda ao interesse público, e, se assim não fosse, o Poder Público poderia ficar inerte ante as inúmeras situações concretas com que diariamente se defronta, e aí haverá discricionariedade quanto a alguns elementos, notadamente os motivos e o objeto, restando a competência e a finalidade como vinculados, via de regra, embora, a rigor, não existem atos apenas discricionários, mas atos praticados no exercício de algumas faculdades discricionárias, cumuladas com faculdades outras vinculadas.

Podemos dizer que, quando o ato administrativo é vinculado, o juízo de conveniência e oportunidade já foi efetuado pelo próprio legislador. Quando se tratar, todavia, de atos discricionários, a lei confere ao administrador esse juízo de conveniência e oportunidade, para que, então, escolha a melhor opção para o interesse público. A discricionariedade não significa, então, ausência de previsão



normativa, mas uma competência previamente definida na lei, que fixa limites sobre a atuação do Estado, diante de situações concretas.

Logo, há uma correlação lógica entre conveniência/oportunidade e motivos/objeto do ato, em que a discricionariedade administrativa não é um “cheque em branco” assinado e entregue ao administrador, sendo obrigatório o exame de legalidade em sentido amplo, levando em conta o interesse público, com fundamento na lei, na Constituição e nos princípios basilares do ordenamento jurídico.

Vê-se, portanto, que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade resplandecem como técnicas de controle da discricionariedade, a partir dos Princípios Gerais do Direito, possuindo a natureza de normas fundantes.

A utilização de tais princípios resulta em eficiente técnica de controle, nem sempre averiguados pela via estreita do mero controle da legalidade do ato administrativo.

A indisponibilidade do interesse público, isto é, o fato de que os interesses e bens públicos não estão à mercê da livre disposição de vontade do administrador público, é uma das conquistas do Estado Democrático de Direito. Destarte, a atividade administrativa não pode estar fora ou acima da lei, estando submetida a esta (princípio da legalidade).

No entanto, estar submetida à lei não significa cumprir apenas os comandos normativos explícitos e imediatos. A atividade administrativa também deve atender ao espírito da lei, o que, em sentido amplo, será sempre atender ao interesse público (princípio da finalidade).



Com fins de verificar se os atos do Poder Público encontram-se pautados em critérios racionais e razoáveis, tendo em vista o senso comum das pessoas normais, e, ainda, se as medidas e restrições impostas pelo Estado são proporcionais ao fim público visado, nascem os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

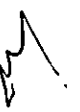
A proporcionalidade em sentido estrito preocupa-se com os limites de intensidade, de excesso, que devem ser respeitados pela Administração. É a regra de ponderação diante do caso concreto, ou seja, a medida administrativa pode ser adequada e necessária, porém, no caso concreto, pode haver um excesso injustificado, extravasando o necessário para o atendimento do interesse coletivo.

Há exemplos de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que têm limitado a atividade administrativa, decidindo, explicitamente, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da ação estatal. O STF tem, inclusive, controlado a constitucionalidade de algumas leis com fundamento nestes princípios.

Cito, a seguir, alguns exemplos da aplicação de tais postulados nas cortes superiores mencionadas.

#### **No Superior Tribunal de Justiça:**

*1) nos autos do MS nº 5.631-DF (98/0005-624-6), de relatoria do Ministro José Delgado, julgado em 13.5.98, a 1ª Seção do STJ concedeu segurança contra exigência desnecessária, prevista em edital de licitação, entendendo que o procedimento de licitação encontra-se também vinculado ao princípio da razoabilidade. O voto do Ministro-Relator defende a tese de que a Lei nº 8.666/93 “veda que a administração exija, na licitação, circunstância impertinente, desarrazoada, desproporcional e irrelevante para o específico objeto do contrato”;*



*2) nos acórdãos proferidos no julgamento dos REsp's n.ºs 109.710- PR (96/0062346-5) e 159.612-MS (97/0091808-4), ambos de relatoria do Ministro Hélio Mosimann, a 2ª Turma do Superior Tribunal manteve decisão judicial que anulou pena administrativa de perdimento do veículo, por considerá-la desproporcional em relação o valor da mercadoria apreendida pela fiscalização federal. Na ementa do acórdão proferido no REsp. n.º 109.710-PR, há invocação expressa ao princípio da proporcionalidade. Trata-se de um típico exemplo de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito;*

No Supremo Tribunal Federal, antes dos julgados, podemos citar as n.ºs 70, 323 e 547 que, em matéria tributária, impedem o exercício do poder sancionatório de forma desproporcional por parte da Administração. Quanto aos julgados, citamos:

*Relevante acórdão foi proferido no julgamento da ADIn. n.º 855-2-PR, de então relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que suspendeu, liminarmente, em 1.º.7.93, a vigência de lei do Estado do Paraná que determinava a pesagem dos bijões de gás, à vista do consumidor, quando da venda do produto. Além da invocação de violação dos arts. 22, IV e VI, 24, 25, § 2º, e 238, todos da CF/88, a decisão da Suprema Corte apontou violação expressa aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade das leis restritivas de direitos.*

*Mencione-se, outrossim, o julgado de 23.4.96, pelo qual a 2ª Turma do STF deu provimento ao RE n.º 192.568, para garantir o direito à nomeação de aprovados em concurso para o cargo de juiz adjunto no Estado do Piauí. Na lide, os recorrentes foram aprovados em concurso cujo edital estabelecia como objetivo do certame o preenchimento das vagas atualmente existentes e das que surgissem durante o prazo de validade do concurso. Porém, apenas trinta e três candidatos foram nomeados, embora existissem mais vagas e mais candidatos aprovados, durante o prazo de validade previsto no edital. Ainda assim, o Tribunal de Justiça do Piauí esperou o término do prazo do concurso, negando pedido de prorrogação dos recorrentes, e, de imediato, convocou novo concurso. Diante desses fatos, a 2ª Turma do STF entendeu, por maioria, que, in casu, houve violação, por esvaziamento, do art. 37, inc. IV, da CF, que determina a prioridade de convocação para os aprovados em concursos anteriores com relação a aprovados de novos concursos*



*para o mesmo cargo. No entender do Ministro Marco Aurélio, relator do processo, ao negar de forma imotivada a renovação do concurso, apenas invocando estar no exercício da discricionariedade, e, imediatamente, convocar outro concurso, a administração do Tribunal feriu não apenas a regra do inc. IV do art. 37 da CF/88, mas também os princípios da Administração Pública, alicerçados no caput da r. norma constitucional. Ademais, a ementa do julgado invoca a razoabilidade ao prescrever: "O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes". A decisão proferida no RE nº 192.568 é bastante inovadora e progressista no sentido de preservar os particulares de arbitrariedades e defender o interesse público por via dos princípios da Administração Pública consagrados pela Magna Carta. Na verdade, demonstra que o Judiciário pode verificar se a competência discricionária foi ou não exercida em conformidade com limites definidos pela lei e pelos princípios constitucionais.*

A licitação tem por finalidade garantir a observância do princípio da isonomia e de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, conforme estabelece o art. 3º da Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, é evidente que se caracteriza como procedimento formal; no entanto, a existência de formalidades e a observância ao princípio da vinculação ao edital não podem importar na imposição de formalismos exacerbados, já que o procedimento não se constitui em um fim em si mesmo, ao contrário, tem por escopo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas, ao mesmo tempo, busca propiciar a todos os interessados igual oportunidade de contratar com o Poder Público.

A propósito, leciona Hely Lopes Meirelles:

*(...) o princípio do procedimento formal é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei, mas também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital*



*ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere (Lei nº 8.666/93, art. 4º).*

*Procedimento formal, entretanto, não se confunde com “formalismo” – que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias.*

*Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas – desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes – “pas de nullité sans grief”, como dizem os franceses.*

Desta feita não há que se falar em exigências restritivas à participação de empresas, ainda mais quando, conforme já informado, trata-se de ato discricionário da Administração.

### **III – Inexistência de Aplicação da Alternatividade Estatuída nos incisos II e III do Art. 29 da Lei de Licitações.**

Insurge a impugnante quanto aos itens 9.3.8 e 9.3.9 do Edital em comento, vez que deseja apresentar a prova da inscrição no cadastro estadual ou municipal e a prova de regularidade para a fazenda Federal, estadual e municipal alternativamente entre a sede e o domicílio.

Sem mais demoras, em relação ao tema, colaciono os dizeres de Marçal:

*A solução adotada é a comprovação da regularidade fiscal atinente a uma específica unidade empresarial. O Licitante deverá comprovar a regularidade fiscal relativa ao estabelecimento que exercitará a prestação contratual.*

Apesar de matriz e filial serem a mesma pessoa jurídica, o mesmo não ocorre para fins tributários.

O direito tributário confere tratamento específico aos diferentes estabelecimentos empresariais, considerando cada um deles um domicílio tributário. Nesse sentido é o Código Tributário Nacional:

*Art. 127 - Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:*

*(...)*

*II – quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento. (Grifou-se.)*

Assim, para fins tributários, podem ser considerados os diversos estabelecimentos para emissão de certidão de regularidade fiscal.

Ratifica-se o dito acima, com decisão do TCU:

*[Relatório]*

*Acréscete-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.*

*Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade. [...]*

*Pelo exposto, tanto a matriz, quanto à filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Atente-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar a cumprimento dos requisitos de habilitação.*

*Caso comum, por força da necessidade de comprovação da regularidade fiscal, prevista no inciso IV do art. 27 da Lei n.º 8.666/93, é o de diversas empresas (filiais) apresentarem, para esse fim, documentos emitidos sob o CNPJ de suas matrizes, em razão de suas certidões estarem vencidas. Desse modo, alegam serem válidas tais certidões, uma vez que o recolhimento dos tributos e das contribuições federais é realizado de forma centralizada pela matriz, abrangendo, portanto, suas filiais.” (TCU. Acórdão n.º 3056/2008 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julgado em 10/12/2008.).*

Desta forma, se a pessoa jurídica participar na licitação apresentando os documentos fiscais da matriz e desejar executar o contrato com a filial, cumprirá a Administração Pública solicitar a apresentação da regularidade fiscal da filial, em relação àqueles tributos não recolhidos de forma centralizada.

Assim, se for a Filial quem executar o contrato, haverá a necessidade de se exigir desta sua regularidade fiscal, e não da matriz.

#### **IV – Exigência de Regularidade Trabalhista como Requisito de Habilitação Aplicável às Contratações Empreendidas pelo Poder Público.**

Irresigna o Impugnante sobre a exigência de se requerer Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas afirmando que a Certidão Positiva com Efeitos de

Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita ao titular a participação em licitações.

*Data maxima venia*, a própria leitura do termo “CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS” por si só já indica a validade da mesma.

Não restam dúvidas que o administrador público somente pode praticar atos que estejam em consonância com a legislação vigente, e no caso em questão, não há o que se falar, ou mesmo promover alteração no edital, em razão da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa comprovar que a empresa não se encontra inadimplente perante a Justiça do Trabalho.

Desta feita, mantêm-se o Edital quanto a este item.

#### **V – Exigência de Comprovação de Questão Subjetiva no Atestado de Capacidade Técnica.**

Discorre aqui o Impugnante à cerca da exigência de comprovação de questão subjetiva no atestado de capacidade técnica, especificamente quanto ao termo “*satisfatoriamente*” inscrito no item 9.6.1 do Edital em comentário.

A questão apontada pela impugnante, não merece promover alteração no edital, em razão do próprio documento denominado “*atestado de capacidade técnica*” ter a sua finalidade de demonstrar que a empresa detentora desse

atestado cumpriu as suas obrigações de acordo com o acordado e possui experiência na execução dos serviços consignados no documento.

Ademais, não haverá julgamento subjetivo na avaliação do atestado de capacidade técnica exigido pelo edital, visto que o objetivo dessa exigência é identificar se a empresa é detentora de experiência na prestação de serviços “de telefonia”.

A impugnante se apega a mera formalidade no intuito claro de dificultar o andamento do procedimento licitatório. Desarrazoado seria exigir que a licitante executasse de forma **NÃO** satisfatória. Cumprindo ainda ressaltar, que caso o atestado não mencione a satisfatoriedade na execução do serviço, o licitante não será desclassificado.

Cumprido ressaltar que a exigência do item 9.6.1 é no intuito e verificar apenas a qualificação técnica da empresa vencedora. Sendo ainda facultado ao pregoeiro a realização de diligências, caso julgue necessário. Assim, mantenho o edital quanto a este item.

#### **VI – Exigência de Habilitação Excessiva.**

Impugna o Requerente quanto ao item 9.7.2 do Edital e o anexo V alínea “c” que exige declaração de que não possui em seus quadros de funcionários servidores públicos do Poder Legislativo Estadual exercendo funções de gerência, administração ou outra que lhe dê poderes para decidir no âmbito da empresa.

Afirma o Impugnante que tal exigência não se encontra prevista nos artigos 27 a 31 da Lei 8666/93.

É importante frisar que o Impugnante não pode alegar o desconhecimento da legislação com a finalidade de não cumpri-la.

O Art. 9º, III da Lei 8.666/93 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências assim afirma:

*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:*

*(...);*

*III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. (destacamos).*

A Lei Complementar Estadual n.º 04/1990 em seu Art. 144 assim preceitua:

*Art. 144. Ao servidor público é proibido:*

*(...)*

*X - participar de gerência ou administração de empresa privada, de sociedade civil, ou exercer comércio e, nessa qualidade, transacionar com o Estado.*

Desta feita é vedado ao servidor público em participar de licitações realizadas pela entidade em que atua, eis que afrontaria o princípio da igualdade, da competitividade e da moralidade, sob o prisma que tal licitante teria informações privilegiadas com relação aos demais participantes.



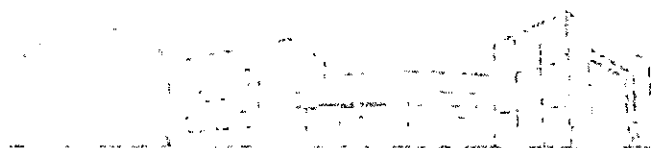
Percebe-se que a Lei de Licitação em nenhum momento versa sobre a vedação na participação caso a empresa possua parente no órgão licitante. Logo, a princípio, a empresa poderá participar das licitações realizadas por esta entidade normalmente.

Entretanto, deve-se considerar a intenção do legislador na criação do dispositivo legal ora em comento que é afastar licitantes que possam possuir informações privilegiadas. Neste contexto, pode-se cogitar que este licitante, por possuir parente dentro da entidade licitadora, possa possuir informações privilegiadas vilipendiando aos princípios da isonomia, moralidade entre outros.

Nesta vereda, a Egrégia Corte de Contas vem posicionando-se no sentido de não contratar empresas que possuem vínculo parentesco com servidor do órgão licitante.

*A contratação pela Administração de empresas pertencentes a parentes de gestor público envolvido no processo caracteriza, diante do manifesto conflito de interesses, violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade.*

*Denúncia relativa a contratações conduzidas pela Prefeitura Municipal de Urucuaia/MG apontara, dentre outras irregularidades, a contratação do pai do prefeito municipal na condição de empresário individual, decorrente de pregões presenciais para o fornecimento de gêneros alimentícios e material de higiene e limpeza. Realizado o contraditório, o gestor permaneceu silente no tocante à contratação do pai, configurando, dessa forma, a revelia. Sobre o assunto, consignou o relator que “a despeito de não haver, na Lei nº 8.666/1993, vedação expressa de contratação, pela Administração, de empresas pertencentes a parentes de gestores públicos envolvidos no processo, a jurisprudência desta Corte tem se firmado no sentido de considerar que há*



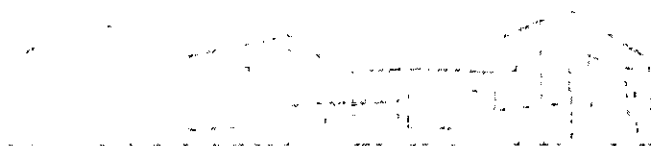
*um evidente e indesejado conflito de interesses e que há violação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade”. Exemplificou transcrevendo trecho do voto condutor do Acórdão 1.511/2013-Plenário, no qual é enfatizada a afronta aos princípios constitucionais, mormente nos casos em que o servidor/gestor público atua na condição de autoridade homologadora do certame. Em conclusão, diante da gravidade do fato, formulou minuta de acórdão, acolhida pelo Plenário, julgando parcialmente procedente a Denúncia e sancionando o gestor com a multa capitulada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92. Acórdão 1941/2013-Plenário, TC 025.582/2011-9, relator Ministro José Múcio Monteiro, 24.7.2013.*

*A participação de empresa cujo sócio tenha vínculo de parentesco com servidor da entidade licitante afronta, por interpretação analógica, o disposto no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. A alteração do contrato social no curso do certame não descaracteriza a irregularidade e constitui indício de simulação e fraude à licitação.*

*Representação apontou possível irregularidade na Concorrência 001/2007, promovida pela Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI/MEC, objetivando a contratação de empresa para a prestação de serviços de publicidade e propaganda. Segundo a representante, a participação no certame e posterior contratação de empresa cujo sócio – detentor de 30% do capital social – pertencia ao quadro de pessoal da promotora da licitação (FUFPI) configurou afronta ao disposto no artigo 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao item 5.1 do edital, que assim dispôs: “5.1. Não poderão participar da licitação as empresas que tenham entre seus dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 5% (cinco por cento) do capital social, dirigentes, responsáveis e técnicos, servidor ou dirigentes de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação e empresas em consórcio.” A*



*unidade técnica destacou que, no curso da licitação, o servidor da FUFPI retirou-se da sociedade, sendo substituído por sua filha. Destacou ainda que a referida empresa teria sido beneficiária de 21 processos de dispensa de licitação depois do ingresso do referido servidor no quadro societário. O relator, em consonância com a unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas pela empresa e pelo servidor, ao concluir que a alteração efetivada no contrato social da empresa teve por objetivo afastar o impedimento tipificado no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. Apontou ainda a ocorrência de simulação com o intuito de fraudar o procedimento licitatório. Argumentou que “mesmo ao se considerar lícita a alteração do contrato social, não se afastou do impedimento constante do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993”. Isso porque, “consoante a jurisprudência desta Corte, as vedações explicitadas nesse dispositivo legal estão sujeitas a analogia e interpretação extensiva ...”. Ou seja, “qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade”. (Acórdão 1170/2010-Plenário). Especificamente em relação à participação de parentes em licitação, citou o Acórdão 607/2011-Plenário, no sentido de que “mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações ..., vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas ...”. Ao se reportar ao caso concreto, destacou que a influência do servidor sobre os gestores da FUFPI foi determinante para a ocorrência das sucessivas contratações diretas da empresa. Ponderou, contudo, que a imposição de penalidades deveria ocorrer somente sobre a empresa, uma vez que não houve*



dêbito e que a conduta do servidor escapou à jurisdição do TCU por ter sido “praticada na condição de sócio da empresa e não como gestor de recursos públicos ... “. Em relação aos membros da comissão de licitação, ressaltou que “esses responsáveis tiveram conhecimento de que a empresa possuía, de forma relevante, em seu quadro societário parente de servidor da entidade”. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu em relação a essa irregularidade: a) declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a empresa inidônea para participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal pelo prazo de três anos; b) aplicar aos membros da comissão de licitação a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992; c) encaminhar cópia da decisão à FUFPI para que averigue a pertinência de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar eventuais desvios de conduta praticados pelo servidor. Precedentes mencionados: Acórdãos 1.170/2010 e 607/2011, todos do Plenário. Acórdão 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013.

O jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>3</sup> em comentário ao Acórdão nº 2.543/2004 expressa que “o TCU realizou audiência devido a não-observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa e seleção da proposta mais vantajosa em face da contratação de empresas pertencentes a membros da família do responsável. Não acolheu as justificativas e imputou multa de R\$ 5.000,00. No âmbito administrativo, a exoneração a pedido do agente foi convertido em destituição do cargo em comissão.”

<sup>3</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in Vade-Mécum de licitações e contratos, 5. ed., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011 p. 220.

Portanto, ainda que a literalidade do art. 9º da Lei nº 8.666/93 não vede a contratação de indivíduo que mantenha vínculo de parentesco com servidor do órgão contratante, é possível obstar sua participação na licitação com base nos princípios da moralidade e da igualdade.

Assim, mantenha-se o descrito no item 9.7.2 do Edital, bem como o anexo VI alínea “c”.

### **VII – Efeito Suspensivo aos Recursos.**

Impugna o Requerente o item 11.3 do Edital que prevê que os recursos contra a decisão do Pregoeiro não terá efeito suspensivo.

Um dos mais aspectos mais relevantes no campo do direito administrativo, onde, como é natural, a supremacia do Estado se antepõe aos particulares, é o referente à sistemática dos meios de defesa processuais reconhecidos pela legislação a favor dos administrados no campo dos diversos processos administrativos existentes, dentre os quais se situa o processo de licitação, basicamente regulado pela Lei nº 8.666/93.

No entanto, e em momento mais do que adequado, o legislador fez introduzir dentre as espécies licitatórias descritas no art. 22 da Lei nº 8.666/93 a modalidade do Pregão que se encontra regulada pela Lei nº 10.520/2002 e pelo Decreto nº 3.555/2000.

Antes mesmo de ingressar na análise específica dos recursos, conforme a Lei nº 10.520/2002 e Decreto nº 3.555/2000, é mister destacar que a Constituição Federal traça, nos incisos LIV e LV do seu art. 5º, a imperiosa

observância da garantia do devido processo legal, que obsta qualquer ação ou decisão administrativa que não seja vazada atentando-se ao contraditório e a ampla defesa.

Esta cláusula de garantia constitucional ilustra que qualquer decisão proferida em processo administrativo deve, necessariamente, pena de nulidade, observar o devido processo legal, garantindo, sempre, o contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, a decisão administrativa não prescinde de fundamentação quanto aos pressupostos de fato e de direito que a inspiraram, exigência esta que, hodiernamente, encontra-se consagrada no inciso VII do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/1999.

Dispõe o inciso XVIII do art. 11 do anexo I, do Decreto nº 3.555/00, que regulamenta o pregão presencial:

*Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:*

*XVIII - o recurso contra decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo;*

O não reconhecimento de efeito suspensivo ao recurso implica em reconhecer que os atos praticados pelo Pregoeiro e sua equipe, ao longo da sessão do Pregão, e que não são afetados pelo recurso, serão integralmente aproveitados. Evita-se, desta forma, que se afete a celeridade que é característica do Pregão. Também em uma primeira leitura pode-se entender, e com acerto, que o recurso não implica em suspender o andamento dos passos que sucedem à manifestação do licitante vencedor, o que seria, no caso, a adjudicação do objeto licitado ao vencedor.

Relativamente ao item 11.3 do edital, que estabelece que o recurso interposto contra a decisão do pregoeiro não terá efeito suspensivo, entendo, contudo, não restar configurada a violação ao que estabelece o art. 109, § 2º, da Lei n.º 8.666, de 1993, de modo a ensejar prejuízo ao licitante recorrente.

Em primeiro lugar, lembro que o prosseguimento da licitação dependerá da apreciação dos recursos eventualmente interpostos contra decisão do pregoeiro, conforme dispõe em seu art. 4º, inciso XXI, a Lei n.º 10.520, de 2002:

*XXI - decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor.*

Em segundo, por força da própria natureza célere do pregão e da menor da complexidade que envolvem as aquisições nessa modalidade de licitação, as questões, inclusive os recursos, são, de regra, prontamente decididos, ressaltando-se, ainda, que o edital estabelece a chancela pela autoridade superior dos recursos não acolhidos por parte do pregoeiro.

Assim, mantenha-se o descrito no item 11.3 do Edital

## **VIII – Realização do Pagamento Mediante Fatura com código de Barras.**

Tal item já fora discutido no recurso da empresa Claro S. A., conforme item III.

## **IX – Indevida Apresentação de Certidões de Regularidade Mensalmente.**

Impugna o Requerente o item 16.8 do Edital e 8.1.1 da Minuta do Contrato, pelo fato de estabelecer ao contratante o dever de apresentar os

comprovantes de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

As exigências estabelecidas pelo item 16.1 do edital e pelo item 8.1.1 da minuta do contrato, estão em consonância com o art. 108 do Decreto Estadual n.º 7217/2006, conforme transcrito abaixo:

*Art. 109. O pagamento de serviços que não envolvam mão-de-obra, somente poderá ser efetuado, observado o disposto neste decreto, após:*

*I – prova de regularidade fiscal para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede da contratada, consistindo em certidão ou documento equivalente, emitido por órgão competente e dentro do prazo de validade, expresso nas próprias certidões ou documentos;*

*II – prova de regularidade para com a Procuradoria da Fazenda Nacional e para com a Procuradoria Geral do Estado, nos casos em que não sejam emitidas em conjunto às regularidades fiscais;*

*III – prova de regularidade perante o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (art. 27 da Lei 8.036/90), em plena validade, relativa à contratada;*

*IV – prova de regularidade perante o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS (art. 195, § 3º da Constituição Federal), em plena validade, relativa à contratada;*

Portanto, a documentação exigida para fins de pagamento mensal dos serviços prestados deve obrigatoriamente ser apresentada junto com a Nota Fiscal ou Fatura.

Cabe esclarecer que o disposto no edital não se trata de uma sanção, como faz querer crer a empresa.





Tal dispositivo segue os ditames da Lei n. 8.666/93 art. 54, XIII, senão vejamos:

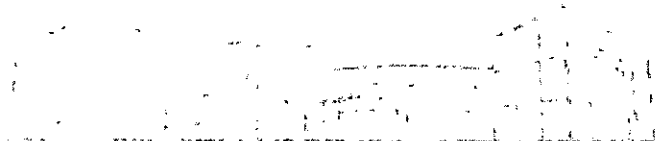
*Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...);*

*XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.*

Ratificando tal entendimento, colacionamos vasta jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

*Acórdão n. 837/2008 – Plenário: “9.3. firmar o entendimento, aplicável a todos os órgãos/entidades da Administração Pública Federal, no sentido da inclusão, em editais e contratos de execução continuada ou parcelada, de cláusula que estabeleça a possibilidade de subordinação do pagamento à comprovação, por parte da contratada, da manutenção de todas as condições de habilitação, aí incluídas a regularidade fiscal para com o FGTS e a Fazenda Federal, com o objetivo de assegurar o cumprimento do art. 2º da Lei nº 9.012/95 e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93”;*

*Acórdão n. 3033/2009 – Plenário: 9.4. determinar ao Ministério da Integração Nacional que: 9.4.2. vincule o pagamento dos serviços contratados à apresentação de documento comprobatório do recolhimento mensal do INSS e do FGTS a cargo da empresa contratada, gerado pelo SEFIP - Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP; Guia de*



*Recolhimento do FGTS - GRF ou documento equivalente), de acordo com a legislação e os padrões estabelecidos pela Previdência Social e pela Caixa Econômica Federal;*

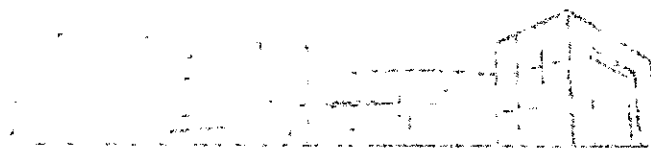
*Acórdão n. 2423/2009 – Plenário: 9.2. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT que oriente suas unidades regionais para que exijam, a cada pagamento referente a contratos de execução continuada ou parcelada, bem como contratos de prestação de serviços, em especial nas terceirizações de mão-de-obra: 9.2.1. comprovação da regularidade fiscal para com a Seguridade Social, para com o FGTS e para com a Fazenda Federal, em observância ao art. 195, § 3º, da Constituição Federal e arts. 29, incisos III e IV, e 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93;*

Tais regramentos estabelecem as condições para pagamento, destacando-se que a contratado deve manter, durante toda a vigência do contrato, as condições de habilitação e qualificação técnica exigida.

Assim, mantenha-se o descrito no Edital no item 16.8 e no item 8.1.1 da Minuta do Contrato.

#### **X – Base de Cálculo das Multas em caso de Inexecução Parcial do Contrato.**

Insurge o Impugnante à cerca do item 11.1 alínea “a” da Ata de Registro de preços e 12.1 alínea “a” da Minuta do Contrato que prevê aplicação de multa sobre o valor total adjudicado, mesmo em caso de inexecução parcial.





O art. 7º da Lei n.º 10.520/02 deixa a cargo da discricionariedade da Administração a estipulação dos percentuais sancionatórios e sua incidência, bem como a estipulação do percentual está balizada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

Não existe dúvida ou obscuridade quanto ao cálculo dos percentuais definidos na item 11.1 alínea “a” da Ata de Registro de preços e 12.1 alínea “a” da Minuta do Contrato. Está claro que os percentuais deverão incidir sobre o valor total estimado no edital e na execução do contrato, sobre o valor total contratado.

Com isso, fica evidente que a aplicação dos percentuais sobre o valor total do contrato está razoável e proporcional, caso ocorra a descontinuidade na prestação dos serviços de telefonia, tendo em vista que os valores percentuais definidos no edital em questão encontra-se com a mesma dosimetria dos percentuais estabelecidos pelo contrato vigente entre a Impugnante e A ALMT (contrato n.º 008SG/ALMT/2011) em que a impugnante firmou com a Administração Pública.

Cabe aqui salientar que a administração pública celebra contratos de prestação de serviço a fim de solucionar demandas administrativas e operacionais, que por muitas vezes se demonstram urgentes, assim a administração não cogita, de plano, o uso dos instrumentos legais de penalização, pois se estes instrumentos tiverem que ser executados é porque a demanda da administração não está sendo atendida de pleno direito, situação esta, que pode ocasionar ou estar ocasionando prejuízos incalculáveis, ou de difícil mensuração, para os cofres públicos. Não obstante a isso a redação editalícia em questão usa o termo “ficará sujeita” não impondo a aplicação de penalidades de forma imediata, pois a aplicação das cláusulas



penais depende da prévia análise do contraditório e da ampla defesa, a ser apresentado pela contratada.

Assim, mantém-se o Edital

## XI – Valor da Garantia.

Pretende o Impugnante ver modificado o percentual do item 9.6 da Minuta do Contrato que estipula o percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor do contrato.

O estabelecimento da garantia no percentual de 5% definido no Edital está plenamente de acordo com o Art. 56, §2º, da Lei 8.666/93, senão vejamos:

*Art. 56 - A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.*

*(...);*

*§ 2º - A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*

Assim, mantém-se o Edital

## XII – Reajuste dos Preços e das Tarifas.

Tal item já fora discutido no recurso da empresa Claro S. A., conforme item I.

### **XIII – Solicitação de Inclusão de Previsão de Penalidade por atraso de Pagamento.**

A empresa requer a alteração do instrumento convocatório para que seja incluída a previsão de incidência de multa de 2% sobre o valor da fatura do mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

Para não alongar a discussão, apresento o teor da Súmula 226 do TCU:

*É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa.*

Fica, portanto, demonstrado que o disposto no edital guarda consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, objeto, inclusive, da edição da súmula transcrita.

É importante frisar que o Edital está em perfeita sintonia com o princípio da supremacia do interesse público, em que as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Ademais não há desequilíbrio da relação contratual, uma vez que existe o amparo do inciso XV do art.78 da Lei nº 8.666/93 para o caso de atraso nos pagamentos.

**XIV – Composição de Preços.**

A equipe técnica da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso através do Memorando 108/2016/CI/ALMT efetuou a análise da impugnação dos itens técnicos, respondendo assim aos questionamentos da Impugnante.

**a) Composição dos Preços I.**

*“Informamos que será removido do Termo de Referência qualquer menção aos serviços DDG (0800) haja vista que o mesmo será licitado através de processo específico.”*

**b) Composição de Preços II.**

*“Conforme a própria contextualização da requerente ‘o Licitante não pode ser obrigado a dar nada de graça para o CONTRATANTE, tudo o que for utilizado durante o contrato terá que ser pago ...’ resta claro que a Assembleia Legislativa só busca pagar pelos minutos de telefonia efetivamente utilizados, não sendo portanto acatado a solicitação do licitante. Para melhor esclarecimento e transparência do processo será incluso na planilha os itens necessários para destacar os preços praticados para os itens solicitados.”*

**c) Dimensionamento do Objeto.**

*“O Objeto está dimensionado de acordo com as características de funcionamento e evolução dos serviços a serem contratados. Não será aceito questionamento com relação à necessidade exigida no Termo de Referência. Será incluso na planilha os itens necessários para destacar o preço praticados para os itens solicitados (sic).”*

**XV – Do SLA.**

A equipe técnica da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso através do Memorando 108/2016/CI/ALMT efetuou a análise da impugnação dos itens técnicos, respondendo assim aos questionamentos da Impugnante.

**a) Níveis se serviço (Sic).**

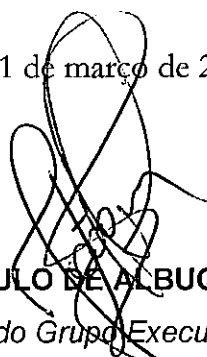
*“A Assembleia Legislativa respeita os termos da Resolução 605/2015 da ANATEL, porém entende que tem necessidades específicas de atendimento para os itens solicitados e exige o atendimento dos Acordos de Níveis de Serviços requeridos, portanto não era aceita a modificação solicitada. Entretanto para ampliar a concorrência para o certame o prazo requerido no termo de referência será dilatado de 2 (duas) horas para 4 (quatro) horas”.*

**CONCLUSÃO**

Com base no exposto, conheço das impugnações apresentadas pela empresa **CLARO S. A.** e **OI S. A.** vez que tempestivas, no mérito, decidir pela **PROCEDENCIA EM PARTE** das impugnações, nos termos acima aduzidos.

Após as modificações no Edital do Pregão Eletrônico n.º 005/2016 será o mesmo publicado com nova data de abertura.

Cuiabá-MT, 11 de março de 2016.



**JOÃO PAULO DE ALBUQUERQUE**  
Superintendente do Grupo Executivo de Licitações