FOLHA DE TRANSMISSÃO DE FAX

PARA:	DE:
14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A, EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A, VIVO S/A, CLARO S/A	SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO
ASSUNTO: Decisão quanto à impugnação do **Pregão Eletrônico n° 037/2013 - SRP**	**NÚMERO DE PÁGINAS INCLUINDO A FOLHA DE ROSTO:**

PREGÃO ELETRÔNICO N° 037/2013 - SRP

IMPUGNAÇÃO DO EDITAL.

Encaminhamos, em anexo, a Decisão n. 005/2013 da Pregoeira Geral e o Parecer Jurídico n. 008/2013 – ATJUR/SEMAD, que julgou parcialmente procedentes as alegações formuladas pelas empresas **14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A, EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A, VIVO S/A, CLARO S/A.**

GABINETE DO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, aos 30 dias do mês de abril de 2013.

VALDI CAMARCIO BEZERRA
Secretário

www.goiania.go.gov.br

Processo n°: 45618170/2011, 48479022/2012, 48490492/2012, 48503217/2012, 51079752/2013, 51087810/2012 e 51106555/2012 (juntados)
Interessado: Secretaria Municipal de Ciência, Tecnologia e Inovação - SETEC
Assunto: Impugnações ao Edital do Pregão Eletrônico 037/2013

PARECER JURÍDICO Nº 08/2013 – ATJUR/SEMAD

Os presentes autos foram encaminhados a essa Assessoria Técnico Jurídica para que houvesse pronunciamento acerca das **IMPUGNAÇÕES E PEDIDOS DE ESCLARECIMENTOS AO EDITAL** formuladas pelas empresas **CLARO S/A, VIVO S/A, EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A e 14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A,** em sede do procedimento licitatório designado PREGÃO ELETRÔNICO N° 37/2013 – SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS, destinado à futura **Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de Telefonia Móvel Pessoal para atender a Secretaria Municipal de Ciência, Tecnologia e Inovação - SETEC,** na forma do Edital e seus anexos, da Lei n.° 10.520/2002, Lei Complementar nº 123/2006, Decreto Federal nº 7.892/2013, Decreto Municipal nº 2.968/2008, aplicando-se subsidiariamente no que couber a Lei nº 8.666/1993, e alterações posteriores.

1. DA ADMISSIBILIDADE:

A Lei n° 9.784/99 que regulamenta o processo administrativo dispõe como pressupostos de admissibilidade do recurso administrativo, cuja existência concreta deve ser preliminarmente aferida, sob pena de não conhecimento: a manifesta tempestividade, protocolizado perante órgão competente, por quem seja legitimado e antes de exaurida a esfera administrativa, conforme transcrevemos abaixo:

> *Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:*
> *I – fora do prazo;*
> *II – perante órgão incompetente;*

www.goiania.go.gov.br

III – por quem não seja legitimado;
IV – após exaurida a esfera administrativa.

O item 11.1 do Edital dispõe:

> *"**11.1** - Até 02 (dois) dias úteis anteriores á data da sessão pública fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do Pregão Eletrônico, protocolizando a peça impugnatória no endereço discriminado no subitem **22.17** deste Edital;"*

Portanto, as presentes impugnações foram oferecidas tempestivamente e preenchidos, também, os demais requisitos doutrinários, motivos pelos quais haverão de ser recebidas e conhecidas pela Administração.

2. DAS QUESTÕES IMPUGNADAS:

As empresas insurgem contra alguns itens do Edital, dos quais a maioria é pertinente a questões técnicas, razão pela qual encaminhamos os autos à Secretaria Municipal de Ciência, Tecnologia e Informação – SETEC, órgão ordenador de despesas, que confeccionou o Termo de Referência do Edital em comento. Sendo assim, transcreveremos a decisão da SETEC referente às questões técnicas, como segue abaixo:

2.1. CLARO S/A:

I. Da Franquia Mínima de Dados. A empresa reporta-se ao **item 7.5 do Termo de Referência**, que estabelece uma franquia mínima de 10 Gb e, por sua vez, solicita "a exclusão dessa exigência para que passe a constar o fornecimento de franquia de 5Gb ilimitado", possibilitando a participação de um maior número de operadoras no referido certame, sem comprometer a competitividade entre os licitantes. A Secretaria Municipal de Ciência Tecnologia – SETEC, da qual parte o pedido objeto do certame assim se manifestou:

> ***Resposta (SETEC):** A Administração esclarece que ao solicitar em edital as características do objeto do pregão supracitado, teve*

www.goiania.go.gov.br

como objetivo uma customização mínima que atendesse as necessidades da Prefeitura Municipal de Goiânia, e isto é ato discricionário da Administração.

II. Prazo para Envio de Faturas. Alega a empresa violação à Resolução n° 477, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que determina o prazo de até 5 (cinco) dias úteis, antes do vencimento do pagamento, para entrega de suas faturas e, posterior retificação do Instrumento Editalício.

Resposta (SETEC): *Reafirmamos que o Poder Público possui necessidades extraordinárias em relação aos serviços prestados habitualmente. O art. 44 da Resolução 477 da ANATEL cita que a entrega do documento de cobrança deve ocorrer "pelo menos" 05 (cinco) dias antes do seu vencimento, não estipulando um prazo máximo, portanto, para atender nossas necessidades específicas se faz necessário o prazo exigido no Contrato.*

Analisando juridicamente a questão, temos a Lei Federal n° 8.666/93, que rege as licitações e contratos administrativos, a qual dispõe acerca do prazo de pagamento:

"Art. 40. (...)
(...)
XIV - condições de pagamento, prevendo:
***a) prazo de pagamento não superior a trinta dias**, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;" (Destaquei)*

Sublinha-se, desta forma, que as resoluções são atos administrativos normativos inferiores às leis e decretos e são expedidos pelas autoridades do Poder Executivo, mas não pelo Chefe do Executivo, cuja função é explicar e complementar os regulamentos. Logo, deve prevalecer o disposto no artigo 40, inciso XIV, alínea "a" da Lei n° 8.666/93.

III. Prazo Exíguo para Assinatura do Contrato. Sugere a dilatação do prazo de até 5 (cinco) dias úteis previsto no **item 20.3 do Edital**, "pois o mais comum e razoável é um

www.goiania.go.gov.br

prazo de pelo menos 10 (dez) dias úteis", para assinatura do contrato pelo licitante adjudicatário.

Ora, o Edital de Licitações é claro ao designar o prazo acima referenciado para que o licitante vencedor do certame assine o contrato, e ele se faz lei perante a Administração e os administrados, conforme o que prediz o art. 41 da Lei de Licitações, e que deve ser plenamente conhecido e observado para todos aqueles que desejem contratar com a Administração Pública. Mesmo porque tão logo seja o contrato assinado, seu objeto deverá de pronto ser executado, afastando a morosidade, que, muitas vezes, já é patente durante a realização de todo o procedimento licitatório, configurando-se, pois, o prazo de 5 (cinco) dias imbuído de total razoabilidade.

É o que se extrai da leitura do art. 41 da Lei de Licitações:

> *"Art. 41. **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.**" (Destaquei)*

Colacionamos a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU acerca deste tema:

> *"**Zele para que não sejam adotados procedimentos que contrariem, direta ou indiretamente, o princípio básico da vinculação ao instrumento convocatório**, de acordo com os arts. 3° e 41 da Lei n° 8.666/93." (Acórdão 2387/2007 Plenário). (Destaquei)*

> *"**Observe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, de acordo com as disposições exaradas especialmente no art. 3° da Lei n° 8.666/93." (Acórdão 330/2010 Segunda Câmara). (Destaquei)*

Tendo em vista ser o Edital a lei interna da licitação, os seus termos são de observância obrigatória para a Administração que o expediu, bem como para os licitantes.

2.2. VIVO S/A:

www.goiania.go.gov.br

I. Esclarecimento quanto ao CNPJ da Nota Fiscal e dos Documentos de Habilitação e da Proposta de Preços. Reporta-se ao **item 10.7 e respectivos itens do Edital**, requerendo "que seja retificado o edital permitindo que o CNPJ das notas fiscais bem como o contrato firmado seja com a filial da licitante do Estado de Goiás, onde os serviços serão efetivamente prestados, mas, que na fase de habilitação e oferecimento de propostas sejam exigidos tão somente os documentos da matriz, suficientes para comprovar quaisquer situações da empresa, como grupo societário, e resguardar direitos e deveres do contratante".

É-nos de suma importância colacionar o entendimento acerca de questionamento semelhante emitido pela Controladoria Geral do Estado do Tocantins em Nota de Orientação Técnica à Secretaria de Estado da Administração daquele Estado, em que se requisitava esclarecimentos quanto à possibilidade de a Administração firmar contrato com a empresa matriz, com a execução de objeto e emissão das notas fiscais realizados por filiais, e, ainda, sobre quais certidões relativas à habilitação em certames licitatórios devem ser da matriz e quais devem ser da filial.

Primeiramente foi estabelecida através de conceitos dados por contabilistas uma distinção acerca do que vem a ser uma matriz e o que vem a ser uma filial, ficando claro que aquela é a sede de um estabelecimento em relação a suas filiais, e esta última o estabelecimento dependente de outro ou da sede de outro. Mas, muito embora possuam nomenclaturas distintas, tais entes representam na verdade estabelecimentos pertencentes à mesma pessoa jurídica, unidas desde sua instituição e para o desenvolvimento de suas atividades. Neste sentido, apresenta o relator que assim já fundamentou o Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

> *"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - BLOQUEIO (BACENJUD) DE ATIVOS FINANCEIROS EM NOME DAS FILIAIS DA EXECUTADA - CONFUSÃO PATRIMONIAL: UNICIDADE DO PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA (MATRIZ E FILIAL) - AGRAVO PROVIDO.*
> 1. *A filial de uma empresa não importa em nova pessoa jurídica, partilhando os mesmos sócios e estatuto social da matriz.* ***A inscrição da filial no CNPJ decorre de exigência do mercado sem o condão de cindir a empresa ou seus bens, até porque a inscrição da filial no CNPJ é derivada do CNPJ da matriz".*** *(AG 34803 MG 0034803-58.2011.4.01.0000, Rel.*

www.goiania.go.gov.br

Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral). (Destaquei)

Destaca ainda que, em virtude de exigência de mercado, e também das disposições contidas na Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 748/2007, é necessário que todos os estabelecimentos de uma mesma pessoa jurídica possuam inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ distinta. O art. 10 do referido diploma, por sua vez, explicita:

> *"Art. 10. As entidades domiciliadas no Brasil, inclusive as pessoas jurídicas por equiparação,* ***estão obrigadas a inscreverem no CNPJ, antes de iniciarem suas atividades, todos os seus estabelecimentos localizados no Brasil ou no exterior.***
> *§ 1º Para efeitos de CNPJ, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, móvel ou imóvel, próprio ou de terceiro, em que a entidade exerça, em caráter temporário ou permanente, suas atividades, inclusive as unidades auxiliares constantes do Anexo V, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias." (Destaquei)*

Dessa forma, ele conclui que não se vislumbra inicialmente óbice à contratação, pela Administração, de empresa matriz com a execução do objeto contratado por filial, e vice-versa, já que, sendo faces de uma mesma pessoa jurídica, podem se utilizar das vantagens de possuírem estabelecimentos em diversas localidades a fim de melhor atender os contratos aos quais estão obrigadas.

No entanto, no tocante às questões tributárias e de habilitação para licitações, necessária se faz uma ressalva: por possuírem autonomia uma em relação a outra, certidões de regularidade distintas são emitidas para a matriz e para a filial, razão pela qual deve a Administração Pública atentar para o fato de que aquele estabelecimento emissor das notas fiscais deve também estar em situação de regularidade, e não somente o contratado.

Tal entendimento foi concretizado inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, que provocado a manifestar-se sobre a matéria, exarou:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 29, II E III, DA LEI DE*

www.goiania.go.gov.br

LICITAÇÕES ATÉRIA FISCAL. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 127, II, CTN.

*I - **Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado.** Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal.*
II - O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação, é o de cada estabelecimento - artigo 127, II, do Código Tributário Nacional." (Resp Nº 900.604/RN, Min. Relator Francisco Falcão). (Destaquei)

Convém explicitar que, muito embora haja tal maleabilidade, à data da realização do certame licitatório não é permitido ao licitante apresentar determinadas certidões em nome da matriz e as demais em nome da filial, conforme inclusive pode ser extraído do Acórdão 3056/2008, exarado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU:

*"13. **Nesse sentido, a título de exemplo, a matriz pode apresentar débito e a filial não, e vice-versa. Deste modo, para fins licitatórios, os documentos de habilitação de licitante devem ser apresentados em nome da matriz ou da filial, não sendo permitido apresentar parte em nome da matriz e parte em nome da filial.***

*14. **Acrescente-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.***
(...)

*20. 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.**" (Destaquei)*

www.goiania.go.gov.br

E finalmente, o relator da Nota de Orientação Técnica da Controladoria Geral do Tocantins, bem conclui que não há óbice para a firmatura de contratos com empresa matriz e cumprimento do objeto dos mesmos por filiais, ou vice versa. No entanto, nestes casos há de ser comprovada a regularidade da empresa executora do acordo, seja ela matriz ou filial, haja vista que para fins tributários e de habilitação licitatória, são consideradas autônomas.

Assim, diante dos argumentos expostos quanto à questão impugnada pela empresa VIVO S/A, entendo que estes não merecem provimento e guarida por parte da Comissão Geral de Licitação não devendo, pois, o Edital ser modificado neste quesito, já que não encontra qualquer amparo legal a pretensão almejada pela empresa, sendo que o item questionado encontra-se em total consonância com as legislações pertinentes, devendo as empresas interessadas em participar do certame e em contratar com esta Administração Municipal estar atentas ao que prediz o instrumento convocatório, conforme destaca o art. 41 do Estatuto das Licitações, apresentando, assim, documentação com CNPJ da matriz, se a licitante for a matriz, e se for a filial, com o CNPJ da filial, e em terceiro caso, se a licitante for a matriz e a fornecedora dos serviços/produtos for a filial, os documentos deverão ser apresentados em nome e com o CNPJ da matriz e da filial, **simultaneamente**, salvo os documentos referidos nos itens 10.4.2, 10.4.3 e 10.4.4, que em razão da centralização e certidão conjunta deverão ser apresentados em nome e com CNPJ da matriz que abrangerão todas as suas filiais, isto nos dois últimos casos, exatamente como descrito no item 10.7 do Edital e seus subitens.

II. Tarifa Zero para Ligações entre os Aparelhos Pertencentes aos Planos Contratados. Esclarecimento quanto a Cobrança de *Roaming*. Assim se manifesta a empresa: "Questão que merece ser esclarecida é a referente ao alcance das ligações intragrupo zero, posto que a planilha formadora de preços presente no **item 22 Anexo I – Termo de Referência** faz cotação também para ligações intragrupo VC2, VC3 e entre regiões de diferentes DDDs – itens 15 e 19 da planilha".

Resposta (SETEC): *Não se faz necessário esclarecimento uma vez que este assunto já está previsto no item do Termo de Referência. "Os custos das ligações VC1 M/M (I) – Intragrupo deverão estar previstos na assinatura do Intragrupo, devendo portanto a licitante*

www.goiania.go.gov.br

informar valor zero para o respectivo item, sendo que para as ligações VC2 M/M (I) – Intragrupo e VC3 M/M (I) – Intragrupo poderão ser tarifadas a critério da licitante".

III. Esclarecimento Quanto às Ligações DDI, alegando a Necessidade de Detalhamento das Regiões Destino, pois informa que o preço do minuto desse tipo de ligação varia conforme a localidade de destino da chamada;

Resposta (SETEC): *Informamos que o Poder Público possui necessidades extraordinárias em relação aos serviços prestados habitualmente, portanto reiteramos que deverá ser cotada uma tarifa única conforme o plano de tarifas de cada operadora.*

IV. Esclarecimento Quanto ao Valor do equipamento reposto. Valor da Nota Fiscal. A impugnação se refere ao **item 16.4 do Anexo I – Termo de Referência**, que em caso de perda ou roubo de telefone celular, o valor a ser reembolsado é o de referência da proposta de preços.

Resposta (SETEC): *Informamos que o valor da nota fiscal deverá ser obrigatoriamente o mesmo informado no valor de referência da proposta.*

V. Esclarecimento Quanto aos Aparelhos Celulares Tipo B. Encarecimento da Contratação. "Quanto aos aparelhos celulares Tipo B (**item 17.2 do Anexo I – Termo de Referência**), faz-se mister esclarecer que as suas características mínimas remetem a modelos mais sofisticados e, portanto, mais caros".

Resposta (SETEC): *A Administração esclarece que ao solicitar em edital as características do objeto do pregão supracitado, teve como objetivo uma customização mínima que atendesse as necessidades da Prefeitura Municipal de Goiânia, e isto é ato discricionário da Administração.*

VI. Prazo Máximo de Validade das Propostas Ofertadas. Impossibilidade de Interregno Superior a 60 (sessenta) Dias. Alega a empresa que de acordo com o § 3° do artigo 64 da Lei n° 8.666/93, o prazo é de 60 (sessenta) dias, portanto solicita a alteração

www.goiania.go.gov.br

do edital, o qual prevê 90 (noventa) dias como prazo de validade das propostas, para os referidos 60 (sessenta) dias.

Como se trata de questão jurídica, tecemos os seguintes comentários.

Preliminarmente, transcrevemos a lição de Marçal Justen Filho acerca do prazo de validade das propostas, de que trata o art. 64, § 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

> *"Se a Administração não convocar os interessados para a contratação até o decurso de sessenta dias da entrega das propostas, ficarão eles liberados. Considerando que as decisões das fases de habilitação e de julgamento comportam recurso com efeito suspensivo, a ser interposto no prazo de cinco dias úteis e a ser impugnado em outros cinco dias úteis, a Lei atual tornou quase inviável o êxito da licitação quando ocorrer disputa entre os licitantes ou quando versar sobre objetos de maior complexidade.*
> *Bem mais adequada era a solução constante do substitutivo do Senado Federal, que remetia ao ato convocatório a fixação do prazo de validade das propostas.*
> *Pode ocorrer, inclusive, que o prazo aludido seja ultrapassado e que o licitante vencedor mantenha seu interesse em contratar. Embora vencido o prazo da lei, nada impede que a contratação seja efetivada.*
> ***Deve-se reputar, no entanto, que a regra é supletiva, aplicando-se quando o instrumento convocatório não dispuser em contrário.*** *(...)* ***Como o prazo de validade de propostas é matéria referida preponderantemente ao interesse privado, o instrumento convocatório pode estabelecer regras diversas, quer ampliando, quer reduzindo o prazo previsto no § 3º.***
> ***Aliás, essa orientação acabou sendo consagrada no art. 6º da lei n.º 10.520, que disciplina o pregão. Deve-se reputar que o dispositivo se aplica genericamente a todas as licitações. Não se invoque o princípio da especialidade, pretendendo que o dispositivo seja aplicável apenas ao pregão."*** *(Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª ed. páginas 738/739. São Paulo: Dialética, 2009). (Destaquei)*

Da leitura de toda a transcrição acima, verifica-se que a orientação – a que alude o doutrinador – que acabou sendo consagrada no art. 6º da Lei nº 10.520/2002

www.goiania.go.gov.br

foi a de que o prazo de validade das propostas de que trata o art. 64, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 pode ser ampliado – ou mesmo reduzido – mediante disposição editalícia.

Aliás, esse é o exato teor do art.º 6º da Lei nº 10.520/2002:

> *Art. 6º O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias,* ***se outro não estiver fixado no edital****. (grifou-se)*

Portanto, a regra dos sessenta dias somente se aplica se o edital for silente acerca do prazo de validade das propostas. Nada impede que o edital fixe prazos mais elevados. Ademais, é importante frisar que para o presente certame foi eleita a modalidade **pregão**, que possui regras definidas, conforme acima transcrito, não se aplicando, neste caso, somente a Lei nº 8.666/93, eis que ele será aplicada subsidiariamente.

VII. Impossibilidade técnica de garantia de sinal *Indoor:* A empresa alega que a operadora de celular se compromete a efetuar plenamente a prestação de serviço na localidade contratada, mas que não é possível garantir a cobertura do sinal *indoor*, pelas condições da própria localização das áreas que poderia não captar plenamente os sinais enviados. Salienta ainda que a cobertura do sinal *indoor* não ocorre em sua totalidade por nenhuma operadora, de forma que tal condição contratual tornará a licitação deserta, por falta de licitantes aptos a preencherem a necessidade administrativa.

Ora, uma vez que se propôs a participar da presente licitação, é fato que todo o licitante deve observar primeiramente o estabelecido na legislação pertinente, pelos princípios norteadores, e ainda o instrumento convocatório, isto é, a lei interna da licitação, para a partir daí saber se tem aptidão e condições ou não para executar, posteriormente, o objeto do certame.

Mesmo porque se a empresa de antemão já questiona as condições preestabelecidas no edital para a execução, é que provavelmente ela não está apta a atender as necessidades desta Administração Municipal, pois a garantia de sinal *indoor* solicitada no Termo de Referência do Edital, em seu item 12.2 do Anexo I, é uma singularidade do objeto pretendido, referente à cobertura de sinal dentro dos edifícios desta contratante, e se

www.goiania.go.gov.br

não puder ser atendida pela participante não há razão para que a mesma participe do certame, já que não poderá executar o objeto.

Observe-se que se a referida licitante sagrar-se como vencedora da licitação, forjando a garantia do sinal pretendido, além de futuramente comprometer a prestação dos serviços internamente, isto é, no âmbito do complexo administrativo municipal e também fora dele, será causa de inúmeros transtornos mesmo à própria empresa, tendo em vista que poderá incorrer nas penalidades previstas em lei e no contrato.

Ademais, sendo este o caso, a empresa ainda estará usurpando a possibilidade que tinha outra concorrente mais habilitada de bem prestar os serviços objeto do certame, e não deixar de adimplir com suas reais obrigações.

VIII. Prazo de Pagamento em Desacordo com a Resolução n° 477/2007 da ANATEL. Alega violação à Resolução n° 477, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, que determina o prazo de até 5 (cinco) dias úteis, antes do vencimento do pagamento, para entrega de suas faturas e, posterior retificação do Instrumento Convocatório.

> ***Resposta (SETEC):*** *Reafirmamos que o Poder Público possui necessidades extraordinárias em relação aos serviços prestados habitualmente. O art. 44 da Resolução 477 da ANATEL cita, que a entrega do documento de cobrança deve ocorrer "pelo menos" 05 (cinco) dias antes do seu vencimento, não estipulando um prazo máximo, portanto, para atender nossas necessidades específicas se faz necessário o prazo exigido no Contrato.*

Ora, a Lei Federal n° 8.666/93, assim dispõe acerca do prazo de pagamento:

> *"Art. 40. (...)*
> *(...)*
> *XIV - condições de pagamento, prevendo:*
> *a) **prazo de pagamento não superior a trinta dias**, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;" (Destaquei)*

www.goiania.go.gov.br

É fato que, como ente público que é, esta Administração não pode ser tratada de forma diferenciada e muito menos dar tratamento diferenciado aos participantes das licitações, o prazo para pagamento é assim determinado porque a Administração Pública age de forma devidamente planejada, sendo que como os recursos utilizados para as aquisições e contratações são de origem pública, demandam que sejam feitas reservas específicas de dotação orçamentária, elaboração de notas de pré-empenho e empenho, enfim existem uma série de atos que são coordenados e que demandam tempo até que o recurso seja plenamente liberado para pagamento, o que demonstra a inviabilidade de estipulação prazo menor.

Como mencionado em passagem pretérita, as resoluções são atos administrativos normativos inferiores às leis e decretos e são expedidos pelas autoridades do Poder Executivo, mas não pelo Chefe do Executivo, cuja função é explicar e complementar os regulamentos. Logo, deve prevalecer o disposto no artigo 40, inciso XIV, alínea "a" da Lei nº 8.666/93.

2.3. EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A - EMBRATEL:

I. Da necessária adequação e proporcionalidade das penalidades – item 14.2.2 do Edital, Cláusula Oitava do Anexo II e Cláusula Sexta do Anexo III. Alega a empresa que no que tange às sanções administrativas, a aplicação das multas da forma como está prevista no edital, fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, dado que estabelece uma multa de 2% sobre o valor adjudicado, independentemente de ter ocorrido a inexecução parcial ou inexecução total do contrato.

A Lei de Licitações é clara ao prever em seu art. 87, inciso II:

> *"Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:*
> *(...)*
> ***II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;"** (Destaquei)*

Desse modo, não há que se falar em transgressão à lei ou a quaisquer de seus princípios como razoabilidade e proporcionalidade, já que o critério de mensuração

www.goiania.go.gov.br

fica a cargo da Administração Pública, tratando-se de ato discricionário, portanto, o valor estabelecido encontra-se justo e razoável.

2.4. 14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A:

I. Exigência de Habilitação de Inexistência de Fato Superveniente Impeditivo de Habilitação. "Não se pode inabilitar determinado licitante pela ausência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação, posto que tal exigência, além de não ter amparo legal, não faz qualquer sentido lógico."

Em que pesem os itens 5.3, 10.2.3 e Anexo V do Edital, impugnados pela empresa, razão não lhe assiste, visto que neles não se encontram quaisquer exigências de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de habilitação, bem como de qualquer documento fora do rol legalmente previsto.

As exigências contidas nestes itens encontram-se em perfeita consonância com o disposto no inciso VII do art. 4° da Lei n° 10.520/2002, senão vejamos:

> *"Art. 4°. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:*
> *(...)*
> *VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;"*

Conforme se observa, o disposto no artigo citado não faz referência à declaração de inexistência de fato impeditivo, pelo contrário, a declaração a ser feita pelo licitante serve apenas para demonstrar que ele tem plena ciência do seu cumprimento quanto aos requisitos de habilitação.

II. Exigência de Regularidade Trabalhista como Requisito de Habilitação Aplicável às Contratações Empreendidas Pelo Poder Público, item 10.4.7 do Edital. A empresa requer a adequação do Instrumento Convocatório, para que permita a comprovação de

www.goiania.go.gov.br

regularidade trabalhista, alternativamente, por meio da apresentação de Certidão Positiva com efeitos de Negativa.

A título de esclarecimento, o Código Tributário Nacional define que em razão da natureza jurídica da Certidão Positiva com efeitos de Negativa, esta é hábil a produzir os mesmo efeitos da Certidão Negativa. Ao passo, que a apresentação de uma delas supre a exigência prevista no item 10.4.7 do referido Edital, tornando-se desnecessária a adequação do Instrumento Convocatório sobre o tema. Senão vejamos:

> *"Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.*
> *Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.*
>
> *Art. 206.* ***Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.*** *" (Destaquei)*

Nesse sentido, a imposição de outro requisito para a habilitação ao processo licitatório, qual seja, a apresentação de certidão negativa de débito trabalhista não fere os interesses públicos, mas sim, o defende.

III. Da Exigência de Índices. Alega a empresa que os subitens **10.5.2.4.1 e 10.5.2.4.2 do Edital**, afrontam o disposto no § 3° do art. 31 da Lei 8.666/93, no que se refere à exigência de quantitativo máximo do valor do patrimônio líquido a ser exigido.

No que tange ao subitem 10.5.2.4 impugnado, cumpre esclarecer que este será modificado, a fim de adequar sua redação ao disposto no § 2°, do art. 31 da Lei n° 8.666/93, fazendo constar no Edital a possibilidade de apresentação de capital social ou patrimônio líquido sobre o valor estimado para a contratação.

Quanto ao valor da percentagem prevista no item acima, o mesmo encontra-se em consonância com o prenunciado no § 3° do dispositivo supracitado, pois ao estabelecer o limite de até 10% (dez por cento) do valor da contratação, infere-se que a empresa que apresentar capital mínimo ou patrimônio líquido igual a 10% (dez por cento), estará habilitada para participar da licitação.

A legislação apenas limitou-se a predeterminar um valor fixo que não poderá ser ultrapassado pela Administração, deixando a critério da mesma estabelecer um limite mínimo previsto em Instrumento Convocatório.

Portanto, a previsão de percentagem igual ou superior a 10% (dez por cento) constante no Edital não precisa ser alterada, pois o limite previsto em lei é igualmente previsto no Edital.

Dando continuidade, a respeito do subitem 10.5.2.4.2, que inabilita as empresa que apresentarem resultado dos índices previstos no subitem 10.5.2.4 inferior a 01 (um), o mesmo será modificado, a fim de adequar-se à Instrução Normativa/MARE n° 005/1995 como solicitado pela empresa.

IV. Da Apresentação dos Documentos de Habilitação para Comprovação de Regularidade Fiscal das Licitantes. A empresa requer a alteração do **item 10.7.2 do Edital**, para que permita que os documentos referentes à regularidade fiscal, no ato de sua apresentação, sejam emitidos com o CNPJ da filial.

Cumpre ressaltar inicialmente, que essa questão foi suscitada em passagem pretérita, pela Empresa VIVO S/A, no ato de sua impugnação.

A par disso, fora informado a empresa licitante que os referidos documentos deverão ser emitidos com o CNPJ da matriz, consoante exigência do edital, inobstante a execução do contrato ser realizado pela filial.

Tal exigência, evita que licitantes com débito na Fazenda (federal, estadual ou municipal) venham a apresentar apenas os documentos que possuem regularidade, omitindo, por sua vez, os documentos com débito, o que comprometeria a realização do objeto da licitação para o qual a empresa foi contratada, bem como estaria usurpando a possibilidade de outro licitante, mais capacitado, prestar os serviços pretendidos pelo Edital.

www.goiania.go.gov.br

Palácio das Campinas - Venerando de Freitas Borges (Paço Municipal)
Avenida do Cerrado nº 999, Bloco B, Térreo. Park Lozandes – Goiânia - GO - CEP: 74884-900
Fone: (62) 3524-6320 / (62) 3524-6321 Fax: (62) 3524-6315

Julgando respondido o questionamento, entendo pelo não provimento do mesmo e, conseqüente, manutenção do Instrumento Convocatório.

V. Reajuste dos Preços e das Tarifas. Requer a empresa que o edital seja modificado em seus **itens 6.10 e 15.7.1, e 4.4.2 da Cláusula Quarta da Minuta do Contrato**, a fim de que o reajuste de preços e das tarifas referentes ao STFC, por exemplo, seja realizado mediante a aplicação imediata e automática conforme Índice de Serviços de Telecomunicações ou outro que venha substituí-lo no setor; no que se refere ao SMP e ao SCM, que o reajuste seja realizado a cada 12 meses a contra da data da assinatura do contrato, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado também o Índice de Serviços de Telecomunicações ou outro que venha substituí-lo no setor.

O edital do Pregão Eletrônico n° 037/2013, em seu item 15.7 dispõe que os preços praticados serão fixos e irreajustáveis pelo período de 12 (doze) meses, contados da data da proposta, nos termos da Lei n° 10.192/2001. Logo abaixo em seu item 15.7.1 dispõe que quando da prorrogação de prazo, o valor inicialmente contratado poderá ser reajustado utilizando-se índices econômicos oficiais de acordo com as normas legais e de mercado, tal como o Índice Geral de Preços de Mercado – IGPM, da Fundação Getúlio Vargas, do período.

Bem analisando o caso, os melhores estudos apontam que as regras de reajuste devem constar no edital, bem como no contrato, querendo o interessado, sob pena de perder o direito de fazê-lo, impugná-lo desde logo. A melhor doutrina tem o entendimento de que não estando previstos os critérios de reajuste em cláusula específica, o valor constante do contrato é fixo e único, vislumbrando-se que as partes embutiram a inflação do período no valor do contrato.

Para inserir nos contratos administrativos cláusulas de reajuste, é necessário que a Administração observe, primeiramente, quando houver previsão para tanto, os índices oficiais, que são fatores para os critérios de reajuste dos preços à nova posição do contrato. Conforme o que se extrai da leitura do art. 40, XI, da Lei de Licitações, pode ser adotado como critério de reajuste, índices setoriais, ou mesmo índices específicos da FIPE, da FGV etc., o que não pode são os proibidos para reajuste de contratos, tais como: TR, dólar etc.

www.goiania.go.gov.br

Palácio das Campinas - Venerando de Freitas Borges (Paço Municipal)
Avenida do Cerrado nº 999, Bloco B, Térreo. Park Lozandes – Goiânia - GO - CEP: 74884-900
Fone: (62) 3524-6320 / (62) 3524-6321 Fax: (62) 3524-6315

Vale frisar que a Administração não está obrigada a inserir no contrato qualquer índice, embora, deverá estabelecer as regras para o pertinente reajuste, o tempo em que será concedido e a forma do cálculo. Nos termos da Lei nº 8.666/93, essa cláusula é obrigatória tendo em vista que oferece ao contratado a certeza de que obterá no tempo previsto a recomposição econômico-financeira por eventuais aumentos dos preços.

É interessante observar, finalmente, que nessa previsão contratual, consoante o que dita a Lei nº 10.192/01, não há a necessidade do reajuste estar vinculado a quaisquer índices, contudo obrigatoriamente deverá constar no edital e posteriormente ser confirmado no instrumento de contrato. Isto assegura ao contratado o direito a ter os valores de seu contrato corrigidos nos períodos pré-estabelecidos pela Administração com o objetivo de prevalecer o interesse público.

Assim, conforme o que se expõe, somos de entendimento pela manutenção do teor dos itens impugnados, dado que está previsto nos mesmos que os índices econômicos utilizados para fins de reajuste, serão os oficiais e de mercado, de acordo com as normas legais.

VI. Da Penalidade de Impedimento à Participação de Empresas pelo Prazo de 5 Anos. Requer a empresa que, "sejam alterados os **itens 10.9 e 14.3 do Edital, o item 8.3 da Cláusula Oitava da Minuta da Ata de Registro de Preços e o item 6.3 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato**", para que a suspensão de licitar e o impedimento de contratar, esteja restrito à Secretaria Municipal de Ciência, Tecnologia e Inovação e não à Administração Direta em todas as esferas, bem como pretendem a redução dessa pena para o máximo de 2 (dois) anos, consoante o disposto no inciso III do art. 87 da Lei de Licitações.

Inobstante, o processo licitatório no Brasil ser regulado pela Lei nº 8.666/93, que estabelece as normas gerais sobre licitação e contratos administrativos, o ordenamento jurídico brasileiro editou norma específica para aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública, a conhecida Lei do Pregão.

Dito isto, é notório que o objeto da presente licitação se enquadra na previsão acima, caracterizado como um serviço comum, portanto, regulado primordialmente pela Lei 10.520/2002, e subsidiariamente pela Lei de Licitações, conforme previsão do seu artigo 9º.

Palácio das Campinas - Venerando de Freitas Borges (Paço Municipal)
Avenida do Cerrado nº 999, Bloco B, Térreo. Park Lozandes – Goiânia - GO - CEP: 74884-900
Fone: (62) 3524-6320 / (62) 3524-6321 Fax: (62) 3524-6315

Logo, as penalidades de suspensão de licitar e o impedimento de contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, impostas aos licitantes em caso de incorrerem em ato inidôneo, encontram-se em total consonância com as legislações pertinentes, estando às penalidades previstas no Instrumento Convocatório regulamentadas pelo art. 7° da Lei n° 10.520/2002, senão vejamos:

> *"Art. 7 Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal,* ***ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios*** *e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4o desta Lei,* ***pelo prazo de até 5 (cinco) anos****, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais." (Destaquei)*

Julgando respondido o questionamento, entendo pela manutenção dos itens impugnados do Instrumento Convocatório por parte da Comissão de Licitação.

VII. Aplicação de Multas que Extrapolam o Limite de 10%. Requer a empresa a adequação do **item 10.5 do Termo de Referência**, para que as multas aplicadas observem o limite de 10%, bem como a alteração da multa prevista em caso de inexecução parcial do contrato, para que esta incida sobre o valor da parcela ou do serviço, e não sobre o valor total do contrato.

> ***Resposta (SETEC):*** *Sugeriu a SETEC que a CGL corrigisse o valor de 20% para 10%.*

Dando continuidade, analisaremos a questão no que se refere ao pleito da impugnante 14 Brasil Telecom, de adequação dos itens do edital quanto à incidência da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial sobre o valor da parcela ou do valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.

www.goiania.go.gov.br

Palácio das Campinas - Venerando de Freitas Borges (Paço Municipal)
Avenida do Cerrado nº 999, Bloco B, Térreo. Park Lozandes – Goiânia - GO - CEP: 74884-900
Fone: (62) 3524-6320 / (62) 3524-6321 Fax: (62) 3524-6315

Impende notar que a função da penalidade, em particular a multa, é justamente resguardar o interesse público dos prejuízos supervenientes a uma desobediência contratual, implicando, naturalmente, em poder intimidatório ao particular que contrata com a Administração. É o que se extrai do art. 86, §1° da Lei de Licitações, que prevê a possibilidade de aplicação de multa até mesmo cumulativamente com a rescisão contratual.

> *"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.*
> ***§ 1° A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.*** *" (Destaquei)*

A par disso, tamanha é a relevância da incidência da multa por descumprimento, que o seu valor pode até mesmo ser descontado da garantia contratual prestada, consoante dispõe o art. 80, III e 86 §§2° e 3° do referido diploma, *in verbis:*

> *"Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes conseqüências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:*
> *(...)*
> *III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;"*

> *"Art. 86. (...)*
> ***§ 2° A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.***
> *§ 3° 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." (Destaquei)*

Entretanto, a aplicação de multa - como ato administrativo que é -, precisa de motivação, além de obedecer aos princípios inerentes à administração pública. Assim, o poder público terá sempre que apurar as circunstâncias relativas ao

www.goiania.go.gov.br

Palácio das Campinas - Venerando de Freitas Borges (Paço Municipal)
Avenida do Cerrado nº 999, Bloco B, Térreo. Park Lozandes – Goiânia - GO - CEP: 74884-900
Fone: (62) 3524-6320 / (62) 3524-6321 Fax: (62) 3524-6315

descumprimento contratual através de regular processo administrativo e garantir a ampla defesa e o contraditório ao particular.

Neste sentido, conforme o que foi exposto entendemos que a multa e sua incidência sobre o valor total do contrato da forma como está prevista no edital, tem definido o seu caráter de intimidação ao licitante, além de ter como finalidade primordial o resguardo do interesse público, não sendo necessárias quaisquer adequações.

VIII. Do desconto da multa sobre o valor da garantia. Alega a empresa que a ordem de cobrança da multa em caso de inexecução parcial ou total dos serviços estabelecido no edital está em desacordo com o previsto no § 2° do art. 86 da Lei de Licitações. Vejamos o que diz o referido dispositivo:

> *"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.*
> ***§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado."*** *(Destaquei)*

Após a análise do artigo retrocitado, resta claro que os itens 14.6 do Edital, 8.6 da Cláusula da Minuta da Ata de Registro de Preços e 6.6 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato impugnados, estão realmente destoantes do que prediz a lei, devendo, desde logo, ser devidamente adequado, permitindo que caso o valor da multa não tenha sido pago ou depositado pelo contratante, será descontado primeiramente da garantia prestada pelo contratado, e uma vez sendo a garantia inferior ao valor da multa, o contratado, além de perder o valor da garantia, responderá pela diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou, quando for o caso, cobrada judicialmente.

IX. Hipóteses indevidas de retenção do pagamento devido à contratada. Requer a empresa, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta do rol do art. 87 da Lei n° 8.666/93, sejam modificados os **itens 14.7 e 15.5 do Edital, e item 8.7 da Cláusula Oitava da Minuta da Ata de Registro de Preço**, bem como o **item 4.2.1 da Cláusula Quarta e 6.7 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato.**

www.goiania.go.gov.br

Não merece prosperar as alegações suscitadas pela impugnante, tendo em vista que o edital nos itens indicados não condicionam a retenção do pagamento à regularidade fiscal da empresa, senão apenas para garantir o fiel pagamento da multa e por descumprimento de obrigação relacionada com os objetos contratados.

Ademais, a Lei n° 8.666/93 estabelece que a retenção do pagamento ocorrerá até o limite dos prejuízos causados à Administração, além do mais, as indicações feitas no edital não ferem sobremaneira o Princípio da Legalidade, como sustendo pelo licitante, pois a aplicação de multa é expressamente prevista no rol constante do art. 87 da Lei de Licitações, ficando à critério da Administração a sua aplicabilidade, mencionando que ela será aplicada na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Julgando respondido o presente questionamento, opino pela manutenção dos referidos itens impugnados da forma como estão previstos no edital.

X. Realização do pagamento mediante fatura com código de barras. Requer a empresa, "a alteração dos **itens 5.1 do Edital, 19.4 do Termo de Referência e 4.2 da Cláusula Quarta da Minuta do Contrato**, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras", para facilitar o reconhecimento eficiente do pagamento.

Em esclarecimento feito anteriormente às fls. 358 a 360, volume I constante do Processo n° 48479022/2012 juntado ao Processo n° 45618170, pela SETEC, anteriormente denominada AMTEC, à empresa Americel S/A que levantou a mesma questão, foi respondido que as Notas Fiscais/Faturas deveriam ter a data de vencimento de 30 (trinta) dias após sua emissão e serão quitadas através das mesmas.

Respondendo ao presente quesito, compartilhamos do entendimento formado pela Controladoria Geral da União – CGU em Pedido de Impugnação à Pregão Eletrônico, de que a "*definição dos procedimentos relacionados à forma de pagamento encontra-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, atendidas as normas afetas à matéria, razão pela qual a solicitação da impugnante não será acatada*".

Portanto, os itens impugnados do Edital que tratam dos procedimentos de pagamento estão em consonância com normas que regulam o assunto, não cabendo qualquer modificação.

XI. Pagamento em caso de recusa do documento fiscal. Requer a empresa a adequação do **item 15.2 do Edital e do item 19.5 do Termo de Referência**, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa resultante da Nota Fiscal seja efetuado imediatamente pela Contratante, e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

Os itens acima descritos determinam que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada, e será iniciada nova contagem de prazo a partir da data de sua reapresentação. Isso ocorre em razão dos erros contidos em Nota Fiscal/Fatura, que podendo ser de diversas naturezas, a exemplo da identificação do cliente, da quantidade e da descrição/código dos serviços prestados, do preço cobrado, entre outras, acaba por ocasionar efeitos nas mais diversas esferas, em especial na administrativa (acompanhamento/mensuração da execução do contrato) e na fiscal (recolhimento de tributos).

Tal entendimento é corroborado pela Controladoria Geral da União – CGU ao estabelecer que:

> *"**É preciso 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.***
> *O documento base para os registros de comprovação da despesa e de pagamento é a Nota Fiscal/Fatura, a qual é anexada ao processo, por exigência legal. **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, razão pela qual **se faz necessário a sua retificação, antes da efetivação do pagamento**". (Destaquei)*

Deste modo, a pretensão da impugnante de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado de modo imediato pela Contratante, sem necessidade de se aguardar a regularização do documento fiscal, não se sustenta, sendo desnecessária qualquer modificação.

XII. Solicitação de alteração da previsão de penalidade por atraso de pagamento. Requer a impugnante "a alteração do **item 15.6 do Edital e o item 4.3 da Cláusula**

Palácio das Campinas - Venerando de Freitas Borges (Paço Municipal)
Avenida do Cerrado nº 999, Bloco B, Térreo. Park Lozandes – Goiânia - GO - CEP: 74884-900
Fone: (62) 3524-6320 / (62) 3524-6321 Fax: (62) 3524-6315

Quarta da Minuta do Contrato, referente ao ressarcimento relativo ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do contratante, de modo a incidir a multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP – DI".

No que tange aos elementos que obrigatoriamente devem ser disciplinados pelo edital da licitação, tendente à contratação administrativa, o art. 40 da Lei de Licitações, mais especificamente o seu inciso XIV, alínea "d", traz uma série de previsões sobre a temática do pagamento, dentre as quais destacamos:

> *"Art. 40. O edital conterá 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:*
> *(...)*
> *XIV - **condições de pagamento, prevendo**:*
> *(...)*
> *d) **compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos**;" (Destaquei)*

Respondendo ao presente quesito, compartilhamos do entendimento formado pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, de que *"segundo o dispositivo acima transcrito, portanto, é o edital a sede adequada para que seja disciplinado o regime de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos nos pagamentos devidos, inclusive quando o inadimplemento for oriundo da pessoa administrativa envolvida no ajuste."*

Por conseguinte, inferimos que o edital é o responsável por disciplinar o regime de compensações financeiras, bem como as penalizações em vista de atraso nos pagamentos, independente de quem seja o inadimplente, Contratada ou Contratante, ficando deste modo à critério da Administração a sua aplicabilidade, mencionando que ele será aplicado na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, respeitada a legislação pertinente.

www.goiania.go.gov.br

Palácio das Campinas - Venerando de Freitas Borges (Paço Municipal)
Avenida do Cerrado nº 999, Bloco B, Térreo. Park Lozandes – Goiânia - GO - CEP: 74884-900
Fone: (62) 3524-6320 / (62) 3524-6321 Fax: (62) 3524-6315

Julgando respondido o presente questionamento, opino pela manutenção dos referidos itens impugnados da forma como estão previstos no edital.

XIII. Impossibilidade de subcontratação de serviços telefônicos. Alega a empresa que os **itens 20.17 do Edital e 10 da Cláusula Décima da Minuta do Contrato**, que permitem a subcontratação de partes da atividade fim, estão em desacordo com o previsto na Lei n° 8.666/93.

A par do alegado, a subcontratação pode ser definida como a entrega de parte do fornecimento de bem, execução de obra ou prestação de serviço a terceiro, estranho ao contrato, para que execute em nome do contratado item, etapa ou parcela do objeto avençado, cuja previsão encontra-se expressa no art. 72 da Lei de Licitações, *in verbis*:

> *"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"****. (Destaquei)*

Ora, em momento algum o referido dispositivo faz menção de qual tipo de atividade, meio ou fim, poderá ser subcontratada pela Administração, ou seja, não há especificação quanto aos serviços que poderão ou não ser subcontratados. Além disso, a parte final da norma é clara ao prever que fica à critério da Administração estabelecer a necessidade de subcontratação, bem como o seu limite, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, dado o caráter discricionário do ato.

Sobre o tema, compartilhamos do entendimento formado pela Controladoria Geral da União – CGU em Pedido de Impugnação à Pregão Eletrônico, de que a *"Conforme previsto na Lei 8.666/93, e inclusive citado na argumentação da Oi S/A, a subcontratação é instrumento admitido na execução de contratos, desde que autorizada pela administração. No caso presente, a CGU verificou, na etapa de planejamento da contratação, que algumas empresas não teriam condições de prestar todos os serviços a serem contratados, como por exemplo a comunicação de última milha em determinadas regiões do país, ou , até mesmo, poderiam reduzir o custo de prestação dos serviços por meio da subcontratação de empresas especializadas. Por esse motivo, optou pela*

Palácio das Campinas - Venerando de Freitas Borges (Paço Municipal)
Avenida do Cerrado nº 999, Bloco B, Térreo. Park Lozandes – Goiânia - GO - CEP: 74884-900
Fone: (62) 3524-6320 / (62) 3524-6321 Fax: (62) 3524-6315

possibilidade de subcontratação.Portanto, os itens impugnados do Edital que tratam dos procedimentos de pagamento estão em consonância com normas que regulam o assunto, não cabendo qualquer modificação".

Portanto, os itens impugnados do Edital que tratam de subcontratação pela Administração, estão em consonância com normas que regulam o assunto, não cabendo qualquer modificação.

XIV. Repasse indiscriminado de descontos e vantagens. Requer a impugnante que "seja excluído ou caso esta contratante não concorde, alterado o **item 7.17 do Termo de Referência**, 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."

Após análise do questionamento ventilado, fica claro o equívoco cometido pela empresa na interpretação do referido item. Nesse diapasão, versa o Termo de Referência, quando procura tratar dos descontos que as operadoras oferecem ao público em geral, normalmente veiculado pela televisão e outros meios de comunicação de massa, configurando um repasse de descontos a um público, isso sim, indiscriminado, ou seja, independentemente do perfil do usuário tal desconto é concedido, o que viabiliza que os mesmos sejam concedidos a esta Administração. Na verdade, tal previsão encontra guarida na Cláusula 11.3 do modelo de Contrato de Concessão disponibilizado na página da internet da ANATEL, conforme abaixo transcrita:

> *"Cláusula 11.3. A Concessionária poderá praticar descontos nas tarifas dos Planos de Serviço Local* ***desde que de forma equânime e não discriminatória, vedada a redução subjetiva de valores****, e observado o princípio da justa competição." (Destaquei)*

Desse modo, não estamos estipulando de forma alguma cláusulas exorbitantes, como sustendo pela impugnante, almejamos apenas assegurar que os preços pactuados não fiquem acima daqueles que estiverem sendo praticados no mercado, ou seja, que o futuro contrato seja realmente vantajoso a Contratante, de modo que a empresa

www.goiania.go.gov.br

contratada cobre pelos serviços utilizados o mesmo valor de mercado e que esta Administração pague um preço justo.

XV. Limites à responsabilidade de contratada pelos danos causados à Administração. Requer a impugnante a alteração do **item 2.1 da Cláusula Segunda da Minuta do Contrato**, de modo que a contratada seja responsável apenas caso tenha incorrido diretamente em dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa.

A alegação acima, para fins de interpretação, não deve ser tomada de forma isolada, mas sim em conjunto com as demais disposições constantes no referido item, pois bem:

> *"Responder por perdas e danos que vier a causar à CONTRATANTE ou a terceiros, em razão de* ***ação ou omissão, dolosa ou culposa, sua ou de seus prepostos****, independentemente de outras cominações contratuais ou legais, a que estiver sujeita, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou acompanhamento realizado pela CONTRATANTE." (Destaquei)*

Nesse sentido, 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 prepostos, após a devida apuração, sempre respeitadas as prescrições fixadas na Lei nº 8.666/93 e nas demais normas correlatas, garantidos, em qualquer caso, o contraditório e a ampla defesa.

Logo, as disposições da Minuta de Contrato que tratam das 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.

XVI. Da inobservância da responsabilidade do artigo 69 da Lei n° 8.666/93. Requer a empresa 14 Brasil Telecom Celular S/A, a alteração do **item 2.1 da Cláusula Segunda da Minuta do Contrato**, de modo que a responsabilidade da Contratada fique limitada aos vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de matérias empregados, conforme o art. 69 da Lei 8.666/93.

www.goiania.go.gov.br

Impende notar, que a redação do item 15.2 inciso II do Edital, impugnado pela empresa, não condiz com as alegações apresentadas pela mesma, visto que o item refere-se à rejeição da nota fiscal pela Contratante, e o inciso II não está previsto no Instrumento Convocatório.

Por conseguinte, claro está que a impugnante cometeu erro formal, ao formular pedido diverso do apresentado na fundamentação da peça.

No que tange a alteração do item 2.1 da Cláusula Segunda da Minuta do Contrato, cumpre esclarecer que está será modificada, adequando-se à redação prevista no artigo 69 da Lei de Licitações, como solicitado pela impugnante.

XVII. Das Especificações Técnicas. Requer a impugnante a alteração do **item 13.11 do Termo de Referência**, para que o prazo mínimo de substituição de produtos ou serviços seja aumentado para 15 (quinze) dias.

Cumpre ressaltar inicialmente, que o item acima não se encontra previsto no Termo de Referência, uma vez que este apresenta apenas dois subitens, quais sejam 13.1 e 13.2, referente ao Título "Aparelhos Celulares e Modem USB".

Por sua vez, o texto transcrito na peça de impugnação é concernente ao subitem 13.11 do Edital, "Da Prestação de Serviço/Contrato", que estabelece o prazo de 12 horas para substituição, pela Contratada, dos produtos com defeito.

Logo, não há dúvidas de que a empresa novamente cometeu erro formal, ao formular pedido diverso do apresentado na fundamentação da peça.

No que tange ao mérito, é inviável o pleito de alteração do prazo para substituição dos produtos defeituosos, tendo em vista que os aparelhos móveis são imprescindíveis ao trabalho dos servidores públicos desta Municipalidade.

Ora, há determinadas funções em que o uso de aparelho celular é constante, a exemplo dos motoristas, que ao desempenharem atividades externas, precisam estar comunicáveis a todo tempo, bem como os secretários, diretores, entre outros, que regularmente participam de reunião e eventos fora da estrutura da Administração.

Ademais, uma vez que a empresa se propôs a participar da presente licitação, é fato que todo o licitante deve observar primeiramente o estabelecido na legislação pertinente, pelos princípios norteadores, e ainda o instrumento convocatório, isto

www.goiania.go.gov.br

é, a lei interna da licitação, para a partir daí saber se tem aptidão e condições ou não para executar, posteriormente, o objeto do certame.

Mesmo porque se a empresa de antemão já questiona as condições preestabelecidas no edital para a execução, é que provavelmente ela não está apta a atender as necessidades desta Administração Municipal.

Desse modo, não há que se falar em alteração do prazo de substituição dos aparelhos pela contratada, dada a relevância e necessidade do produto contratado.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto a Assessoria Técnico Jurídica da SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA opina conhecer da IMPUGNAÇÃO AO EDITAL formulada pelas empresas CLARO S/A, VIVO S/A, EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A e 14 BRASIL TELECOM CELULAR S/A em sede da licitação na modalidade Pregão Eletrônico n° 037/2013, destinada à futura contratação de pessoa jurídica para prestação de serviços de telefonia móvel pessoal para inclusão no sistema de registro de preços, para **no mérito julgar parcialmente procedentes as alegações e pedidos formulados pelas partes Impugnantes**, alterando o instrumento convocatório nos pontos acima mencionados.

É o nosso entendimento, salvo melhor juízo.

Sendo assim, tendo em vista o cumprimento do presente, encaminhamos os autos à Pregoeira para apreciação do Parecer Jurídico exarado,

ASSESSORIA TÉCNICO-JURÍDICA DA SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO DA PREFEITURA DE GOIÂNIA, aos 25 dias do mês de abril de 2013.

Marcelo de Castro Dias
Chefe da Assessoria Jurídica/SEMAD