

**TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO NORTE
COMISSÃO DE PREGÃO**

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Ref.: Pregão Eletrônico nº 36/2020
Proc. Adm. Eletrônico: 4040/2020

Trata-se de julgamento ao pedido de impugnação interposto pela Empresa TELEMAR NORTE S.A., contra o Edital do Pregão Eletrônico nº 36/2020, a qual foi juntada abaixo.

1. Da admissibilidade

O art. 24 do Decreto 10.024, de 20/09/2019, assim dispõe:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

Entendo como tempestiva a impugnação, posto que a abertura do certame está marcada para o dia 06/07/2020 e a peça impugnatória nos foi enviadas, via *email*, em 30/06/2020.

2. Fatos alegados e solicitações da empresa licitante

O TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO RIO GRANDE DO NORTE - TRE/RN instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônico, do tipo menor preço, registrado sob o n.º 36/2020, Contratação de Serviços de Telefonia Fixa Comutada – STFC – nas modalidades Local e Longa Distância Nacional (LDN), com possibilidade de realizar ligações do tipo Fixo-Fixo e Fixo- Móvel, por meio de linhas temporárias não residenciais, para Cartórios Eleitorais e Pontos de Apoio em Locais de Votação no Rio Grande do Norte, por tempo certo e não continuado.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja

necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. PREVISÃO DE EXIGÊNCIA RESTRITIVA À PARTICIPAÇÃO DAS LICITANTES – EPP OU ME

Da leitura da relação de itens do edital e da tela dos comprasnet abaixo verifica-se que somente é permitida a participação no certame de microempresas e empresas de pequeno porte. Ocorre que tal restrição fere frontalmente o princípio da isonomia e o da imparcialidade.

“1 - Itens da Licitação

1 - Assinatura de linha analógica

Descrição Detalhada: Serviços de Telefonia Fixa Comutado – STFC
– para atender os cartórios eleitorais, por 3 (três) meses (60 linhas telefônicas),

conforme especificações contidas no Termo de Referência.

Tipo I - Participação Exclusiva de ME/EPP/Cooperativas.

Critério de Julgamento: Menor Preço

Critério de Valor: Valor Estimado

Unidade de Fornecimento: Unidade

Aplicabilidade Decreto 7174/2010: Não

Quantidade Total: 1

Grupo: G1

Valor Total (R\$): 31.664,40

Tratamento Diferenciado:

Local de Entrega (Quantidade): Natal/RN (1)

2 - Assinatura de linha analógica

Descrição Detalhada: Serviços de Telefonia Fixa Comutado – STFC
– para atender os pontos de apoios, por 8 (oito) dias – 1º Turno (190 linhas telefônicas), conforme especificações contidas no Termo de Referência.

Tipo I - Participação Exclusiva de ME/EPP/Cooperativas.

Critério de Julgamento: Menor Preço

Critério de Valor: Valor Estimado

Unidade de Fornecimento: Unidade

Aplicabilidade Decreto 7174/2010: Não

Quantidade Total: 1

Grupo: G1

Valor Total (R\$): 30.772,40

Tratamento Diferenciado:

Local de Entrega (Quantidade): Natal/RN (1)

3 - Assinatura de linha analógica

Descrição Detalhada: Serviços de Telefonia Fixa Comutado – STFC
– para atender os pontos de apoios, por 8 (oito)
dias – 2º Turno, se houver (30 linhas telefônicas), conforme
especificações contidas no Termo de Referência.

Tipo I - Participação Exclusiva de ME/EPP/Cooperativas.”

The screenshot shows the Comprasnet portal interface. At the top, it displays the title 'Comprasnet' and the Ministry of Economy logo. On the right, there is information about the bidding: 'MINISTÉRIO DA ECONOMIA', 'Brasília, 30 de Junho de 2020', '76.535.764/0001-43 - OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (MATRIZBT1)', and 'SIASG - Ambiente Produção'. Below this, there are links for 'Serviços do Fornecedor' and 'Sair'. The main content area shows the bidding details: 'PODER JUDICIÁRIO', 'Tribunal Superior Eleitoral', 'Tribunal Regional Eleitoral no Rio Grande do Norte', and 'Pregão nº 362020'. The text describes the bidding object: 'Objeto: Objeto: Pregão Eletrônico - Contratação de Serviços de Telefonia Fixa Comutada STFC nas modalidades Local e Longa Distância Nacional (LDN), com possibilidade de realizar ligações do tipo Fixo-Fixo e Fixo-Móvel, por meio de linhas temporárias não residenciais, para Cartórios Eleitorais e Pontos de Apoio em Locais de Votação no Rio Grande do Norte, por tempo certo e não continuado.' It also specifies the bidding period: 'Data e horário para início da entrega de propostas: 23/06/2020 08:00', 'Data e horário limite para entrega de propostas: 06/07/2020 14:00', and 'Data e horário considerados para início da sessão pública.'. The 'Proposta:' section includes instructions for values and discounts. A note states '(s) grupo(s) G1 é(são) exclusivo(s) para ME/EPP e estarão com os campos bloqueados.'. A table lists the items: Item G1 (GRUPO_1) with Treatment Diferenciado (Tipo I), Applicability Decree 7174, Application Margin Preferência (Não), Unit Supplier (Unid. Fornec.), Quantity Estimated (Qtd. Estimada), and Total Value (Valor Total(R\$) 0,0000). Below the table, there is a note about differentiated treatments: 'Tratamento Diferenciado Tipo I: Participação Exclusiva de ME/EPP; Tratamento Diferenciado Tipo II: Exigência de subcontratação de ME/EPP; Tratamento Diferenciado Tipo III: Cota para participação exclusiva de ME/EPP.'

Isto porque, o princípio da isonomia determina o tratamento igualitário a todos os interessados em participar do certame. Trata-se de condição essencial para garantir a competição em todos os procedimentos licitatórios.

A igualdade na licitação significa, assim, que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da imparcialidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento imparcial.

Celso Antônio Bandeira de Mello sintetizou seu pensamento ao afirmar que:

“O princípio da igualdade consiste em assegurar regramento uniforme às pessoas que não sejam iguais entre si e diferenciáveis por razões lógicas e substancialmente (isto é, em face da Constituição) afinadas com eventual disparidade de tratamento.”¹

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2010. P. 536.

A isonomia se configura como uma manifestação diretamente relacionada com o interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração.

Sob esse prisma, Marçal Justen Filho defende que:

“A isonomia reflete a proteção aos interesses coletivos. Todo e qualquer integrante da comunidade, mesmo que não potencialmente em condições de participar de uma licitação, tem interesse na ampliação da disputa, na eliminação de exigências abusivas ou desnecessárias. Assim se passa porque a ampliação do universo de licitantes propicia a redução dos gastos públicos².”

Assim, as exigências contidas no instrumento convocatório devem ser interpretadas à luz do princípio da isonomia, **de forma que não se admite a discriminação arbitrária**, produto de interferências pessoais e subjetivas do administrador.

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

“Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir não só à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e também a observância do princípio constitucional da isonomia.” (Acórdão n.º 1631/2007, Plenário)

Assim, cumpre destacar o disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei de Licitações, o qual reprova a adoção de cláusulas discriminatórias fundadas em critérios não pertinentes ou não relevantes para o objeto da contratação:

“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 imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética. 2010, p. 69.

publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (grifo nosso)

Da leitura do referido dispositivo legal, verifica-se que ao invés de declarar a invalidade de determinada espécie de cláusulas, a Lei de Licitações emite proibição dirigida aos responsáveis pela elaboração do ato convocatório, na tentativa de evitar a concretização do vício, antes que de reprimir, em momento posterior, a sua ocorrência.

Assim, a regra aplica-se à elaboração dos atos de convocação de licitação. Seus destinatários são os titulares da atribuição de elaborar, aprovar, ratificar ou homologar os atos convocatórios.

O Edital tem que estabelecer as regras necessárias para a seleção da proposta mais vantajosa. Respeitadas as exigências necessárias para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, deverão ser invalidadas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter competitivo da licitação.

Portanto, a previsão de exigência no Edital que não tenha pertinência e relevância para a seleção da proposta mais vantajosa é discriminatória e deve ser excluída.

Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União, manifestado no Acórdão n.º 1312/2008 (Plenário):

“Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XX I, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 30, § 1º, inciso I, o art. 30, § 1º, inciso I, e § 5º, da Lei nº 8.666/1993.”

Os serviços de telecomunicações, objeto ora licitado, são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

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

Especialmente quanto ao setor de telecomunicações, não há uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

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

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

(…)

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

No presente caso, a restrição à participação de outras empresas não enquadradas como microempresas ou de pequeno porte é medida extremamente restritiva à participação dos interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação do serviço a ser licitado.

Ao prevalecer tal restrição, restará frustrada a contratação pretendida e, consequentemente, não será garantida a contratação mais vantajosa para a Administração, razão pela qual requer que seja excluída.

2. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O item 15.12 do Termo de Referência estabelece que o pagamento deverá ser realizado por ordem bancária.

Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal, como é o caso da ANATEL.

Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União.

Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional.

Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras.

Qualquer outra forma de pagamento, como o depósito em conta corrente previsto no Edital, causará transtornos ao sistema de contas a receber da empresa de telecomunicações contratada.

Ademais, a Oi utiliza o sistema de faturamento, por meio de Nota Fiscal/Fatura, emitida com código de barras para pagamento, em apenas uma via, modelo 22, em razão das várias vantagens que essa forma de pagamento proporciona.

Tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item em comento, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

3.GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 15.14 do TR determinam que:

15.14. Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, desde que a Contratada não tenha concorrido, de alguma forma, para tanto, fica convencionado que a taxa de compensação financeira devida pela Contratante, entre a data do vencimento e o efetivo adimplemento da parcela é calculada mediante a aplicação da seguinte fórmula:

$EM = I \times N \times VP$, sendo:

$EM =$ Encargos moratórios;

$N =$ Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

$VP =$ Valor da parcela a ser paga.

$I =$ Índice de compensação financeira = 0,00016438, assim apurado:

$I = (TX) I =$

$(6 / 100) I = 0,00016438$

$TX =$ Percentual 365 da taxa anual = 6%"

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá resarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de resarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da

relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação do item em comento, referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

5. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

O item 18.2.2.3 do TR determina a aplicação de multa até 15% (n por cento) sobre o valor total do contrato, o que extrapola o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.^o 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991.

A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.^o 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

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

“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente” (grifo nosso)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por todo o exposto, requer a adequação do item 18.3.3.3 do Edital, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

6. REAJUSTE DOS PREÇOS

Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º

8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados.

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

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

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

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

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

Para Marçal Justen Filho:

“O reajuste de preços se configura, então, como uma solução destinada a assegurar não apenas os interesses das licitantes, mas também da própria Administração. A ausência de reajuste acarretaria ou propostas destituídas de consistência ou a inclusão de custos financeiros nas propostas – o que produziria ou a seleção de proposta inexequível ou a distorção da competição³.”

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

Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.^o 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência “controlar, acompanhar e proceder à revisão de

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 558.

*tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como **homologar reajustes.**"*

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

Ocorre que considerando o objeto do edital tratar-se de STFC, e sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IST.

Ante o exposto, requer a inclusão no item 16 do TR de modo que o reajuste dos valores relativos ao serviço prestado seja realizado da seguinte forma:

"As tarifas serão reajustadas conforme homologação do Poder Concedente, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações".

7. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 15.4 do TR estabelece que será verificada a regularidade fiscal da Contratada mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Não obstante tal fato, é importante observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

Assim, a apresentação mensal das referidas certidões foge dos padrões lógicos, visto que o prazo de validade das mesmas ultrapassa o período de trinta dias.

É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é

inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese dos itens mencionados. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Carlos Ari Sundfeld, na obra “Fundamentos de Direito Público” afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

“A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir.”

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”⁴.

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.

compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”⁵

Diante disso, requer a alteração dos itens em comento para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

8. DA RETENÇÃO E GLOSA DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

O item 15.11 do Termo de Referência prevê hipóteses de retenção e glosa do pagamento que não encontram previsão legal.

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

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

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

“Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.

Fornecedores (Sicaf). A consulente registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, **ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem**, “nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”, além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais “podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para resarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento”. Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública Federal devem: a) “... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal”; b) “... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e

a execução da garantia para resarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)". (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência do STJ:

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

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

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

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

4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional 'não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais

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

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

Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, multas a serem aplicadas ou danos e prejuízos eventualmente apurados através de processo administrativo, em que seja assegurado devidamente o contraditório e ampla defesa, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuga ao rol taxativo do dispositivo legal citado.

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

Dante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação dos itens em comento.

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

Da análise do item 10.3 do Termo de Referência verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo.

Insta esclarecer que a previsão contida no referido item é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante.

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

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

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

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

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorressem dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”^[1] (grifos nossos)

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

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

^[1] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.

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

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

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

Diante do exposto, requer seja alterado o item 10.3 do Termo de Referência de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

3. Informação da Seção de Licitações e Contratos

A mencionada Seção informou que:

De ordem da Sra. Chefe da SELIC, venho prestar as informações solicitadas, em relação à IMPUGNAÇÃO impetrada pela TELEMAR NORTE LESTE S.A.:

QUANTO AO ITEM 1:

"Participação exclusiva de ME/EPP/Cooperativas"

PENSAMOS QUE:

- Em relação ao Edital a alegação da IMPUGNANTE não pode prosperar. Ocorre que a participação na licitação, face ao valor global de cada lote e do próprio conjunto da contratação, deveria se restringir a microempresas e empresas de pequeno porte ou equiparados, conforme dispõe o art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006.

No entanto, de acordo com os dados da informação prestada pela SETEC (Unidade Administrativa competente deste TRE/RN para a realização de pesquisa de preços), não se verificou a existência no mercado de "[...] ao menos 3 (três) empresas na condição ME e EPP que sejam capazes de executar os serviços nos termos exigidos no Termo de Referência, podendo,

por isso, não ser aplicado o benefício, nos termos do art. 49, II da LC 123/2006".

Diante desse fato, o Edital foi elaborado para participação aberta, inexistindo cláusula de exclusividade para microempresa, empresa de pequeno porte e cooperativa no edital.

No caso, considerando os prints de tela trazidos à baila pela IMPUGNANTE, aventamos a possibilidade que de tenha ocorrido equívoco no momento de cadastrar o Pregão no Comprasnet.

QUANTO AO ITEM 2:

"O item 15.12 do Termo de Referência estabelece que o pagamento deverá ser realizado por ordem bancária."

PENSAMOS QUE:

A alegação da IMPUGNANTE não pode prosperar. O NOVO SIAF possui funcionalidade para realização de pagamento a fornecedores por meio de lista de fatura (LF), ou seja, no caso dos fornecedores que emitem faturas com código de barras para pagamento. Nesses casos, o pagamento é feito por meio de uma Ordem Bancária denominada de OB fatura, cujo procedimento inclui gerar a LF no SIAFI tradicional e, em seguida, executar a apropriação no NOVO SIAFI.

O subitem 15.12 do Termo de Referência dispõe que *"Será considerada data do pagamento o dia em que constar como emitida a ordem bancária para pagamento."*

Assim, considerando que será necessária a emissão de uma Ordem Bancária tanto para o pagamento por depósito em conta, quanto para o que for realizado por meio da leitura de código de barras, não há qualquer necessidade de alterar o Edital ou seus Anexos.

QUANTO AO ITEM 3:

"Garantias à contratada em caso de inadimplência da contratante [...] faz-se necessária a adequação do item em comento, referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI"

PENSAMOS QUE:

Esta SELIC entende que ASSISTE RAZÃO EM PARTE à Impugnante, considerando que o Serviço de Comunicação Multimídia que a Administração pretende contratar é regulada pela ANATEL que, por meio da Resolução ANATEL nº 632, de 7 de março de 2014, regulamentou os direitos do consumidor de serviços de telecomunicações, a qual prevê no parágrafo único do art. 100 que "*sobre o valor devido por inadimplemento poderá incidir multa não superior a 2 (dois) pontos percentuais, correção monetária e juros de mora não superiores a 1 (um) ponto percentual ao mês 'pro rata die'*".

No tocante à correção monetária, considerando que sua função é atualizar o valor da moeda a fim de que reflita a efetiva inflação, vários são os índices que podem ser adotados pela Administração e, embora o IGP-DI seja aplicado pela Impugnante em relação aos contratos por ela firmados, nada impede que o TRE/RN, na esteira do entendimento do STF nas ADIs 4357 e 4425, se utilize do IPCA-E como índice de correção monetária às "condenações impostas à Fazenda Pública" não tributárias.

Em assim sendo, o subitem 15.14 da minuta de Contrato poderá ser revisto para prever, ao invés da fórmula de atualização dele constante, um índice de correção monetária aplicável em proporção aos eventuais dias em atraso, que pode ser o IGP-DI, o IPCA-E, o IGPM ou outro definido pela Administração.

INEXISTE ITEM 4:

QUANTO AO ITEM 5:

"*Penalidades excessivas [...] requer a adequação do item 18.3.3.3 do Edital, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato*"

PENSAMOS QUE:

A alegação da IMPUGNANTE não pode seguir adiante, por falta de fundamento fático.

Em princípio, alertamos que, nem o Edital, nem o Termo de Referência ou a minuta de contrato possuem subitem com a numeração indicada.

No tocante à eventual aplicação de penalidades, verificamos a previsão de gradação que vai da simples advertência à declaração de inidoneidade para contratar com a Administração, podendo ocorrer a aplicação concomitante de multas, também gradativas. Além disso, o Termo de Referência prevê que qualquer penalidade só será aplicada mediante apuração por meio de processo administrativo próprio, com garantia de ampla defesa e contraditório e levando

em consideração a gravidade da conduta, o caráter educativo da penalidade e com observação do Princípio da Proporcionalidade.

QUANTO AO ITEM 6:

"Reajuste dos preços [...] requer a inclusão no item 16 do TR de modo que o reajuste dos valores relativos ao serviço prestado seja realizado da seguinte forma [...]"

PENSAMOS QUE:

A alegação da IMPUGNANTE também não pode prosperar. A minuta do contrato possui Cláusula de Reajuste a qual afirma "Cláusula Quarta – Do Reajuste. 4.1. Os valores da contratação são fixos e irreajustáveis".

Ocorre que a execução do contrato está prevista para acontecer durante três meses e de acordo com o disposto no art. 2º, *caput* e § 1º da Lei nº 10.192/2001, dispõem:

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.

Assim, a Cláusula de reajuste foi mantida em face da obrigatoriedade legal, no entanto, por força de lei, tal cláusula não pode estipular qualquer índice de reajuste, em virtude da curta duração da execução contratual.

QUANTO AO ITEM 7:

"Indevida consulta de Certidões de Regularidade Mensalmente [...] requer a alteração dos itens em comento para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

PENSAMOS QUE:

Mais uma vez, não assiste razão à IMPUGNANTE.

O subitem impugnado refere ao pagamento mensal efetuado pelo CONTRATANTE e à obrigatoriedade legal de a CONTRATADA manter as condições de habilitação durante toda a contratação, porém, o mencionado subitem não determina a apresentação mensal de certidões, mas de comprovação dessa regularidade perante a Fazenda Pública, a qual deverá ser verificada pelo Fiscal Administrativo junto aos sítios eletrônicos da Administração Federal (SICAF) e do Tribunal de Contas da União, de forma que a apresentação de certidões só se revelará necessária, na medida em que aquele Fiscal não puder, por fato da CONTRATADA, comprovar a mencionada regularidade.

Aliás, a minuta do contrato prevê, na Cláusula Décima-Terceira – que, igualmente, trata do pagamento – no subitem 13.2, que:

13.2. O Fiscal Administrativo do CONTRATO designado pelo CONTRATANTE, confirmará a regularidade fiscal, previdenciária, tributária, administrativa e trabalhista da CONTRATADA por meio de consulta on-line ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, ou se for possível verificar a regularidade por meio de Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica, do Tribunal de Contas da União (TCU), disponível no endereço eletrônico <https://certidoesapf.apps.tcu.gov.br/>.

13.3. Caso a consulta prevista no subitem anterior não seja possível por fato da CONTRATADA, a ela caberá a atualização das certidões comprobatórias de regularidade, a seguir indicadas:

[...]

Dessa forma, a obrigatoriedade de apresentação de qualquer das certidões não foi estipulada pela Administração para ocorrer mensalmente mas, apenas, nas situações em que^{8*} não houver a possibilidade de consulta prévia aos Sistemas da Administração Federal e do Tribunal de Contas da União.

QUANTO AO ITEM 8:

"Da retenção e glosa do pagamento pela contratante. O item 15.11 do Termo de Referência prevê hipóteses de retenção e glosa do pagamento que não encontram previsão legal. [...] Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação dos itens em comento."

PENSAMOS QUE:

Nesse ponto, as alegações da IMPUGNANTE são razoáveis.

De um lado, convém mencionar que o Anexo VIII-A, da Instrução Normativa nº 5/2017 – SEGES/MPDG determina:

ANEXO VIII-A. DA FISCALIZAÇÃO TÉCNICA.

1. A fiscalização técnica dos contratos deve avaliar constantemente a execução do objeto e, se for o caso, poderá utilizar o Instrumento de Medição de Resultado (IMR), conforme modelo previsto no Anexo V-B, ou outro instrumento substituto para aferição da qualidade da prestação dos serviços, devendo haver o redimensionamento no pagamento com base nos indicadores estabelecidos, sempre que a contratada:
- a) não produzir os resultados, deixar de executar, ou não executar com a qualidade mínima exigida as atividades contratadas;
 - b) deixar de utilizar materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço, ou utilizá-los com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

(destaques acrescentados)

Por outro lado, o texto dos subitens 15.11, 15.11.1, 15.11.2, e, 15.11.3, do Termo de Referência, por sua vez, dispõem, praticamente no mesmo sentido, *literis*:

15.11. Nos termos do item 1 do Anexo VIII-A da Instrução Normativa nº 5/2017-SEGES/MPDG, será efetuada a retenção ou glosa no pagamento, proporcional à irregularidade verificada, sem prejuízo das sanções cabíveis, caso se constate que a contratada:

- 15.11.1. Não produziu os resultados acordados.
- 15.11.2. Deixou de executar as atividades contratadas ou não as executou com a qualidade mínima exigida.
- 15.11.3. Deixou de utilizar os materiais e recursos humanos exigidos para a execução do serviço ou utilizou-os com qualidade ou quantidade inferior à demandada.

(destaques acrescentados)

Acontece que a previsão da avaliação da execução do objeto, com o redimensionamento do pagamento com base na avaliação do resultado já está prevista nos subitens 13.7 e seguintes, inexistindo razão para a previsão de glosa no pagamento a que refere os subitens impugnados, os quais devem ser excluídos do Termo de Referência.

Os procedimentos de fiscalização técnica-administrativa do contrato prevêem a apresentação ao preposto da CONTRATADA da avaliação da execução do objeto ou da avaliação de desempenho e qualidade da prestação dos serviços

realizados. Com base nessa(s) avaliação(ões), a CONTRATADA deverá dimensionar o pagamento, cujo valor será aferido pela fiscalização.

Diante disso, pensamos que os subitens 15.11, 15.11.1, 15.11.2, e, 15.11.3 devem ser excluídos do Anexo I do Edital – Termo de Referência – com renumeração dos subitens seguintes.

QUANTO AO ITEM 9:

"Limitação da responsabilidade da contratada aos danos diretos comprovadamente causados à contratante. Da análise do item 10.3 do Termo de Referência verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo. [...] Diante do exposto, requer seja alterado o item 10.3 do Termo de Referência de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93."

PENSAMOS QUE:

A alegação da IMPUGNANTE não pode prosperar.

O subitem impugnado compõe o elenco das obrigações da CONTRATADA e não precisa de reparos pois o próprio Termo de Referência já prevê procedimentos para fiscalização da execução do contrato e para apuração de eventual dano observado, o que se dará por meio de processo administrativo específico, garantida a ampla defesa e o contraditório, como se observa no subitem 18.6:

18.6. A aplicação de qualquer das penalidades previstas realizar-se-á em processo administrativo que assegurará o contraditório e a ampla defesa à contratada, observando-se o procedimento previsto na Lei nº 8.666, de 1993, e subsidiariamente a Lei nº 9.784, de 1999.

(destaques acrescentados)

Isto posto, encaminho à consideração de Vossa Senhoria.

Att.,

Eliane Nascimento de Melo Oliveira
Assistente III - SELIC/COLIC/SAOF

4. Do Pedido

Requereu a impugnante que:

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi requer que V. S^a julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

5. Conclusão

Da análise dos argumentos trazidos e da análise realizada pela SELIC, entendo que assiste parcial razão à impugnante quanto aos itens 1 (foi realizado cadastro equivocado no Comprasnet para participação exclusiva de ME/EPP), 3 e 8 da prensente impugnação.

Desta forma, há razões para acatar, parcialmente, o pedido supra; bem como a devida republicação, em tempo oportuno, do edital retificado, em observância aos ditames legais.

6. Decisão do Pregoeiro

Por todo o exposto, recebo, conheço e julgo parcialmente procedente a impugnação em apreço no que tange aos itens 1 (foi realizado cadastro equivocado no Comprasnet para participação exclusiva de ME/EPP), 3 e 8 da presente impugnação ao Pregão Eletrônico nº 36/2020.

Natal, 02/07/2020.

Manoel Nazareno Fernandes Filho
Pregoeiro (Portaria 106/2020-DG/TRE-RN)