



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

Protocolo nº 79652/2014

Procedimento Administrativo

Assunto: Impugnação ao edital do Pregão Eletrônico nº 57/2014 – PGJ – Prestação de serviço de transmissão de dados

Interessados: Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A e Telemar Norte Leste S/A.

PARECER

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações. Pregão Eletrônico. Prestação de serviços de transmissão de dados dedicada com gerenciamento pró-ativo. Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 57/2014 – PGJ. Parecer pelo acatamento parcial da decisão do Pregoeiro.

I - RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 57/2014 – PGJ que teve por escopo a realização de procedimento licitatório com vistas à contratação, por meio do sistema de registro de preços, de empresa prestadora de serviços de transmissão de dados dedicada com gerenciamento pró-ativo.

Consta dos autos que, tendo sido publicado o Edital do referido certame (fls. 251/317 e 352/353), as empresas interessadas EMBRATEL – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (fls. 381/382) e TELEMAR NORTE LESTE S/A (Oi) apresentaram impugnação aos termos do Edital (fls. 384/400).

Motivada pela Comissão Permanente de Licitação, a unidade demandante prestou esclarecimentos, respondendo aos questionamentos das empresas impugnantes (fls. 409/421).

Algumas solicitações das empresas interessadas foram atendidas, o que ocasionou a apresentação de um novo Termo de Referência pela Diretoria de Tecnologia da Informação e, ainda, modificações nos anexos (fls. 422/451).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

A Comissão Permanente de Licitação conheceu das impugnações apresentadas, acolhendo parcialmente as solicitações das empresas interessadas (fls. 456/463).

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A – EMBRATEL

A impugnação apresentada pela Empresa Brasileira de Telecomunicações – EMBRATEL S.A. delimita o pedido formulado na imperiosa necessidade de clara definição do objeto, em especial, na necessidade de informar os endereços onde deverão ser prestados os serviços pela empresa contratada.

Quanto a este aspecto, a Diretoria de Tecnologia da Informação propôs um novo Termo de Referência com algumas alterações na especificação do objeto e, ainda, esclareceu que o pregão eletrônico dará origem a uma Ata de Registro de Preços, devendo o licitante ter condições de atender a todas as velocidades registradas nos endereços especificados nos lotes, constando no edital informações sobre o parque atualmente instalado (fls. 416 e 422/451).

Afirma que não há como fornecer todos os endereços porque existem pontos de presença que não contam ainda com essa definição.

Deste modo, as cotações e proposta da empresa licitante deverão ter por base o parque atualmente instalado e a possibilidade de solicitação de novos pontos de presença em locais ainda não definidos pela Administração e que, como soe acontecer no sistema de registro de preços, podem vir ou não a ser contratados.

II.2 – DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA TELEMAR NORTE LESTE S.A - OI

II.2.1 – DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICA COM

LIMITAÇÕES

A empresa impugnante alega que as limitações de tempo e quantidade previstas no item 12.3.2, alínea “a.1” do Edital se traduzem em violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei 8.666/1993.

Por isso, requer que seja adequado o item 12.3.2 do Edital, a fim de que o atestado de capacidade técnica para comprovar a qualificação técnica das licitantes, não possua limites de tempo e quantidade.

A Diretoria de Tecnologia da Informação modificou a redação do item impugnado para ampliar a concorrência no procedimento licitatório, entendendo-se como acatada, em parte, a impugnação da empresa interessada (fl. 409).

Pois bem. As exigências a serem cumpridas pelos licitantes, para que lhes seja conferida a capacidade técnico-profissional necessária à execução do objeto licitado, encontram previsão legal no artigo 30 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *in verbis*:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico, adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. (grifos acrescidos)

Embora se verifique vedação expressa na Lei de Licitações no que concerne às exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos para a comprovação de qualificação técnico-profissional, o Tribunal de Contas de União editou súmula de entendimento consolidado, de número 263, com recente alteração, **em que afirma a legalidade da exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes**, conforme se transcreve:

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. (Súmula 263 do Tribunal de Contas da União – última alteração do texto em 10.08.2011)

Discorrendo sobre a complexidade do conceito de qualificação técnica, Marçal Junten Filho ensina que à Administração caberá, *na fase interna antecedente à própria elaboração do ato convocatório, avaliar os requisitos necessários, restringindo-se ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes*¹.

¹ JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

Destarte, considerando as alterações realizadas pela Diretoria de Tecnologia da Informação e, com amparo na Súmula 263 do Tribunal de Contas da União, entende-se como razoável a nova redação proposta pela unidade demandante à fl. 409.

II.2.2 – DA EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

A apresentação dos extratos dos contratos de concessão e termos de autorização, celebrados com a ANATEL, devidamente publicados no Diário Oficial da União, suprem a exigência prevista no item 13.2.2, alínea “a.2” do instrumento convocatório.

II.2.3 – DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

A redação do item impugnado já prevê a possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeitos de negativa de débitos perante a Justiça do Trabalho, como esclarecido pela Comissão Permanente de Licitação.

Deste modo, não se faz necessária qualquer alteração nesta cláusula.

II.2.4 – DA INEXISTÊNCIA DE APLICAÇÃO DA ALTERNATIVIDADE ESTATUÍDA NOS INCISOS II E III DO ART. 29 DA LEI DE LICITAÇÕES

A impugnação foi acolhida pela comissão permanente de licitação, que propôs nova redação para o item referido, incluindo a possibilidade de apresentar certidão negativa de tributos do Município do domicílio ou sede da licitante, ou outra equivalente, em consonância com as disposições dos incisos II e III do art. 29 da Lei de Licitações e Contratos.

II.2.5 – DA IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A “ÁRVORE GENEALÓGICA” DOS FUNCIONÁRIOS

Sobre os itens abaixo transcritos, a empresa interessada afirma que “*não é possível obrigar operadoras de serviços de telecomunicações do porte da Oi a prestar declarações deste tipo, pois não é viável a promoção de investigação de árvore genealógica de todos os seus 13 mil funcionários para constatar eventual descumprimento à condições acima transcrita*”.

Edital, item 2.12:

*2.12 - Será vedada a participação de empresa que possua, em seu quadro, **sócios, gerentes, diretores ou empregados** que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, **ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros** vinculados ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, conforme dispõe o art. 4º da Resolução n.º 01, de 7 de novembro de 2005, e art. 1º da Resolução n.º 7, de 17 de abril de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público; e Art 3º da Resolução n.º 07, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça; bem como Recomendação Conjunta do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, através dos Promotores de Defesa do Patrimônio Público da Comarca de Natal/RN, datada de 29 de agosto de 2006. (negritos acrescentados).*

Edital, item 12.3.5, alínea “a”: Idem

Afirma também que o impedimento descrito no art. 9º da Lei nº 8.666/1993 não abrange parentes e que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei nº 8.666/93 e somente podem se referir à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88.

Acerca do tema, o Conselho Nacional do Ministério Público, através da Resolução nº 37, de 28 de abril de 2009, determina que:

Art. 1º É vedada a nomeação ou designação para cargos em comissão e funções comissionadas, no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados, de cônjuge, companheiro ou parente em



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros, compreendido o ajuste mediante designações ou cessões recíprocas em qualquer órgão da Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 2º É vedada a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de servidor ocupante, no âmbito do mesmo Ministério Público, de cargo de direção, chefia ou assessoramento, para exercício de cargo em comissão ou função comissionada, compreendido o ajuste mediante designações ou cessões recíprocas em qualquer órgão da administração pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

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

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

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

A referida Resolução tem por arrimo a Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, cujo escopo é o combate ao nepotismo, uma “prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco”².

Nessa esteira já decidiu o Tribunal de Contas da União, por meio do Acórdão n. 1.632/2006 – Plenário, no sentido de que “a existência de grau de parentesco entre membro da Comissão Permanente de Licitação e **proprietário de firma** participante de certames no órgão configura afronta à Lei n. 8.666/93 e aos

² <http://www.cnj.jus.br>



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

princípios da moralidade e da impessoalidade que devem nortear a atuação dos gestores públicos”.

Por meio do Acórdão n. 284/2003 – Plenário, o Tribunal de Contas da União, também fundamentado nos princípios constitucionais, determinou ao Conselho Regional dos Representantes Comerciais do Rio Grande do Sul - CORE/RS que se abstinhasse de convidar, para participar de certames licitatórios, empresas ou pessoas cujos vínculos de parentesco ou amizade com funcionários ou dirigentes da entidade caracterizem inobservância aos princípios da moralidade, impessoalidade e isonomia entre licitantes.

Dessa forma, entende-se que a presunção gerada pelo parentesco é impedimento de contratação com a Administração, visto configurar causa potencial de frustração da competitividade por possibilitar (em que pese ser apenas uma presunção jurídica) benefícios no procedimento licitatório, de modo que se entende que a existência dos vínculos pessoais se apresentam, em tese, como potenciais violadoras dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, não sendo necessário, ademais, a ocorrência de efetivo dano para se anular a contratação, exatamente por se tratar de impedimento cuja natureza é de presunção de beneficiamento (e não da existência desse beneficiamento em si).

Dessa forma, para que se afaste de antemão a mera possibilidade da prática de privilégios é que se proíbe não somente a assunção de cargos de parentes até o terceiro grau, como também a contratação de empresas prestadoras de serviços cujos **sócios, gerentes ou diretores** apresentem o referido grau de parentesco.

Quanto à vedação de prestação de serviços por empregados que sejam parentes até 3º grau (na linha reta: até bisavô/bisneto e na colateral, incluindo irmão e tio e seus respectivos equivalentes por afinidade) de servidores ou membros da Instituição, verifica-se que esta vedação não obsta a contratação, mas apenas a execução do serviço pelo parente do servidor/membro.

Por conseguinte, a licitante deve aferir o parentesco entre seus sócios, gerentes e diretores, de um lado, e membros da Instituição e detentores de cargos de direção, chefia e assessoramento, de outro.

Sendo assim, embora a Comissão Permanente de Licitação tenha se manifestado pelo não acatamento da Impugnação, deve ser modificado o item para se suprimir o termo “empregados”.

II.2.6 – DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

Edital, item 21.2:

21.2 - A adjudicatária não poderá apresentar nota fiscal/fatura com CNPJ diverso do registrado no certame.

A empresa afirma que a exigência não possui respaldo legal e que é ofensora a prescrições licitatórias e tributárias. Aduz que o art. 29 da Lei nº 8.666/93 possibilita ao licitante apresentar documentação do domicílio ou da sede, inferindo a ocorrência de alternatividade.

Cita Acórdão nº 3056/2008-Plenário do TCU, que determina exatamente o oposto do que a empresa pleiteia, no seguinte sentido:

(...) 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.”

Ao contrário do entendimento do Tribunal de Contas da União, a empresa impugnante conclui que “não há óbice em o estabelecimento matriz ter sido habilitado e a filial entregar os produtos/serviços contratados”, sendo por esta (filial) apresentadas as Notas Fiscais (CTN, art. 127, II).

Diante disso, requer a alteração dos itens indicados para que seja emitida


MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

a nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado com a matriz.

Como se pode observar do acórdão citado pela própria Impugnante, resta evidente a absoluta conformidade da regra editalícia com o entendimento ali esposado. Dessa forma, sob o ponto de vista empresarial, cabe ao particular escolher quem contratará com a Administração, matriz ou filial. Todavia, feita tal escolha, resta óbvio de quem se deve aferir a regularidade fiscal e trabalhista no certame, que não pode ser outra unidade senão a própria licitante que assumiu a execução do futuro contrato, ou seja, o próprio sujeito ativo participante da licitação.

Se assim não fosse, poderia haver manobras no sentido de haver contratações com unidades (filial, sucursal ou agência) que efetivamente não estivessem em condições regulares, do ponto de vista fiscal, sobretudo quanto aos tributos municipais e/ou estaduais (conforme a natureza do objeto), os quais são de competência de cada unidade da federação, cujas cobranças, fiscalizações e regularidades são descentralizados.

Ademais, a habilitação é personalíssima, na pessoa do licitante/futuro contratado, vale dizer, não a pessoa jurídica “lato sensu”, mas devidamente individualizada na pessoa da filial, agência ou sucursal que irá efetivamente executar o contrato.

Nesse pórtico, observe-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça expresso nos excertos dos julgados a seguir transcritos:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO CONTRATO. SANÇÕES. PROPORCIONALIDADE. ADMINISTRAÇÃO X ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISTINÇÃO. AUSÊNCIA. (...)

9. Note-se, ainda, que esta Corte já apontou pela insuficiência da comprovação da regularidade fiscal da matriz e pela necessidade de a filial comprovar tal regularidade se a esta incumbir o cumprimento do objeto da licitação. Precedente. (...)

(RMS 32.628/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/09/2011)
(negritos acrescidos)

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

III - Recurso improvido.

(REsp 900.604/RN, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 16/04/2007, p. 178). (negritos acrescidos)

Portanto, diante das considerações acima tecidas, entende-se pela manutenção do item tal como se encontra expresso no Edital.

II.2.7 – DA INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

A exigência impugnada está em perfeita harmonia com o disposto no art. 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993.

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

(...)

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

Portanto, deve ser mantida a redação original do instrumento convocatório.

II.2.8 – DA GARANTIA DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO

A empresa impugnante questiona as disposições previstas na cláusula 21.5 do Instrumento Convocatório, abaixo transcrita:

Edital 21.5:

21.5 - No caso de atraso de pagamento, desde que o CONTRATADO não tenha concorrido de alguma forma para tanto, serão devidos pelo CONTRATANTE Atualização Financeira à taxa nominal de 6% a.a. (seis por cento ao ano), capitalizados diariamente em regime de juros simples.

21.5.1 - O valor dos encargos será calculado pela fórmula: $AF = I \times N \times VP$, onde: AF = Atualização Financeira devida; N = Números de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento; I = Índice de compensação financeira = 0,00016438; e VP = Valor da prestação em atraso.

Argumenta a Impugnante que a fixação de multa e juros estão em desacordo com o Código Civil, aplicável à espécie conforme dispositivo do art. 54 da Lei nº 8.666/93, expendendo as seguintes razões:

“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.”

Inicialmente, convém registrar que sobre o tema a Lei nº 8.666/93 contém as seguintes determinações:

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

§ 1º Os créditos a que se refere este artigo terão seus valores corrigidos por critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor.

§ 2º A correção de que trata o parágrafo anterior cujo pagamento será feito junto com o principal, correrá à conta das mesmas dotações orçamentárias que atenderam aos créditos a que se referem. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

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

(...)

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; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

pagamentos;

(...)

§ 4º Nas compras para entrega imediata, assim entendidas aquelas com prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta, poderão ser dispensadas: (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - o disposto no inciso XI deste artigo; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - a atualização financeira a que se refere a alínea "c" do inciso XIV deste artigo, correspondente ao período compreendido entre as datas do adimplemento e a prevista para o pagamento, desde que não superior a quinze dias. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

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

(...)

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

(...)

A Comissão Permanente de Licitação, com fulcro em parecer desta Coordenadoria Jurídica Administrativa (PA nº2314/2011), decidiu pelo indeferimento da Impugnação, permanecendo o percentual dos juros a serem aplicados em 6% ao ano.

Sobre o tema, verifica-se que a aplicação de juros e correção monetária tem sido admitida pelo Tribunal de Contas da União, conforme entendimento a seguir transcrito:

Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

poder público.

(...)

*Assim, entendemos que a Administração, em caso de atraso de pagamento pelos serviços efetivamente prestados, **deve realizar a correção monetária destes valores com a incidência, inclusive, de juros moratórios que, em face de ausência de previsão contratual, devem ser os legalmente estipulados.***

(TCU - Acórdão 1931/2004-Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues)

Também se aferem julgados no seguinte sentido:

*ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. O EDITAL CONSTITUI LEI DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO. EXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO PELA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO E DO FATO DA ADMINISTRAÇÃO. APLICAÇÃO DE CORREÇÃO PELA TR. JUROS MORATÓRIOS NOS TERMOS DO ART. 1.062 DO CC. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA E JUROS COMPENSATÓRIOS POR FALTA DE PREVISÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. O ato convocatório da licitação constitui lei para a realização do certame e elaboração do contrato administrativo, devendo este obedecer fielmente as condições constantes do edital. 2. Se a União paga em atraso e sem a devida correção por um serviço que lhe foi prestado, o caso é de execução parcial do contrato, não se aplicando à espécie a teoria da imprevisão e o fato da Administração, devendo a União pagar o valor devido. 3. **Prevendo o edital a correção pela TR, em caso de atraso no pagamento, deve a mesma ser aplicada, mesmo que não prevista no contrato, como forma de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e de evitar o enriquecimento sem causa por uma das partes.** 4. **Se não foram convenionados no edital e no contrato os juros moratórios, aplicam-se os juros legais, nos termos do art. 1.062, do CC.** 5. Já recomposta a utilização de capital pelos juros de mora e não sendo convenionada a utilização dos juros compensatórios, são estes últimos indevidos. 6. Não há que se falar em aplicação de multa contra a Administração quando não prevista no edital e no contrato. 7. Diante da sucumbência recíproca, as partes devem arcar de forma proporcional com as custas processuais, isenta a União, e cada qual com os honorários dos seus respectivos advogados. 8. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (TRF1 – AC 1999.01.00.030799-8/DF, Rel. Juiz Carlos Alberto Simões De Tomaz (conv), Terceira Turma Suplementar, DJ p.130 de 17/10/2002) (grifos*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

acrescidos)

Em dissonância com entendimento anterior, a União Federal passou a afirmar a possibilidade de aplicação de juros de mora por atraso de pagamento em contraprestação a serviços prestados por concessionárias, nos termos da seguinte transcrição:

AGU PROCESSO: Nº 46000.009073/93-95 Parecer nº GQ - 170

EMENTA: Aplicação de multa moratória à Administração Pública por concessionária de serviço público. A posição do Tribunal de Contas da União, negando a possibilidade dessa aplicação. Os fundamentos do entendimento do TCU. Análise desses fundamentos. Verificação de sua inadequação para justificar o entendimento daquela Corte. Conclusão pela legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.

(...)

45. No caso de mora no cumprir pagamento em dinheiro decorrente de consumo de energia e utilização de serviços de telefonia, morosa a União, ou suas autarquias ou entidades outras da Administração Indireta, os "juros de mora" são exigíveis pela prestadora do serviço e as despesas correspondentes, por isso, são legítimas. Se decorrem de omissão injustificada do administrador a este serão imputadas como débito.

46. É bem de se ver que, nesta hipótese, não há que se falar em inexistência de "poder de polícia" numa relação entre pessoas de direito público. Os juros são frutos civis que resguardam o capital de empresas públicas, sim, mas pessoas jurídicas de direito privado.

47. A correção monetária, sobre os débitos em questão, também não tem caráter punitivo. Prevista em lei é devida nas mesmas condições, pelos supra indicados consumidores de energia ou usuários do serviço de telefonia.

48. Quando prevista em lei é exigível incidindo sobre o débito.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

49. Deve-as pagar a entidade, consumidora e usuária, em mora. Se decorrem de omissão injustificada do administrador, a este serão imputadas como débito. (negritos acrescidos)

Assim, admitindo-se a aplicação de juros em serviços prestados por concessionárias do serviço público, passa-se ao quantum de sua incidência.

De fato, até o advento do novo Código Civil, em vigor desde 2003, os juros contra a Fazenda Pública eram de 6% ao ano (artigo 1.062 do Código Civil de 1906). Contudo, o Código Civil de 2002 alterou a previsão legal sobre juros, mas ao invés de fixar a taxa de juros determinou que fosse aplicada a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional³.

Por sua vez, prevê o artigo 161, § 1º, do CTN:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Assim, a partir de janeiro de 2003 a taxa de juros fixada para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional é de 1% (um por cento) ao mês, ou seja, 12 % ao ano.

Ocorre que em 2009 foi promulgada a Lei 11.960, que alterou o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, no seguinte sentido:

Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009)

³ Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

Assim, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que os “valores resultantes de condenações proferidas contra a fazenda pública após a entrada em vigor da Lei 11.960/09 devem observar os critérios de atualização monetária e juros de mora nela disciplinados, mesmo nos processos em andamento. Em contrapartida, no período anterior ao novo regramento, os valores deverão seguir os parâmetros definidos pela legislação então vigente” (STJ - RESP 1.086.944/SP, EREsp 1.207.197/RS, AgRg no Resp 1.157.093/SP).

Assim, poder-se-ia concluir que os juros a serem aplicados nas dívidas da Administração são de 6% ao ano até 01/2003. Após essa data, são de 12% ao ano até 29/06/2009; e, após, **devem ser observados os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, sendo que nesta já está prevista também a atualização monetária⁴.**

Todavia, a interpretação do Superior Tribunal de Justiça deverá ser apreciada pelo Supremo quando for analisado o pedido, veiculado em sede de embargos de declaração, voltado à modulação de efeitos da decisão tomada nas ADIs 4.357 e 4.425. Até que sejam modulados os efeitos da decisão nas ADIs referidas, têm sido vistas decisões monocráticas de Ministros do STF como a que segue colacionada abaixo, cassando decisões – inclusive do STJ – ao argumento de que o tema ainda pende de análise pelo plenário do Supremo, e fazendo alusão, ainda, à decisão monocrática do Min. Luiz Fux determinando a todos os Tribunais de Justiça que sigam aplicando o regime jurídico anterior até que o STF decida sobre a modulação de efeitos de tal *decisum*:

O Estado do Rio Grande do Sul afirma haver a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça local, no julgamento do Agravo nº 70058368903, inobservado a liminar deferida pelo ministro Luiz Fux nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF e 4.425/DF. Esta foi a ementa do ato impugnado: AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. MAGISTÉRIO ESTADUAL.

⁴ Os índices aplicáveis, englobando tanto os juros moratórios quanto a correção monetária, são os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, para todo o período em atraso, com fulcro no art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997. A remuneração básica das cadernetas de poupança é a Taxa Referencial – TR e os juros serão de 0,5% ao mês, conforme disposto no art. 7º da Lei nº 8.660, de 28 de maio de 1993 e no art. 12 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

TERÇO DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA SOBRE O PERÍODO EFETIVAMENTE GOZADO. [...]

FATOR DE REAJUSTE E CORREÇÃO DAS DIFERENÇAS-Recentemente, no julgamento da ADI 4357, datado de 14.03.2013, Relator o Ministro Ayres Britto, o Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade por “arrastamento” do artigo 5º da Lei nº 11.960/09. Não podem ser aplicadas ao caso as disposições do art. 1º-F da Lei nº9.494/97, com a redação conferida pelo art. 5º da Lei nº11.960/09, tendo em vista os juros moratórios são devidos a contar da citação, no percentual de 6% ao ano, consoante redação original do artigo 1º-F da Lei 9.494/97. (...)

2. Percebam os parâmetros desta reclamação. Concluído o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425/DF, o relator, ministro Luiz Fux, considerada a falta de publicação do acórdão, deferiu medida acauteladora com o seguinte dispositivo:

Destarte, determino, ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro.

O pronunciamento foi ratificado pelo Pleno na sessão ocorrida em 24 de outubro de 2013, oportunidade em que o ministro Luiz Fux propôs a modulação da eficácia do que assentado nos referidos processos objetivos. A questão ainda está pendente de exame.

Vieram, então, ao Tribunal diversas reclamações, formalizadas sob a alegação de desrespeito à mencionada liminar. Ao apreciar as que me foram distribuídas, neguei seguimento ao pedido. Assim o fiz por entender que a decisão do ministro Luiz Fux teria sido direcionada apenas aos tribunais.

Reanalizando o tema, consigno a pertinência do pleito. Com a citada medida acauteladora, objetivou-se evitar a babel no tocante à definição do índice a ser aplicado para a atualização monetária e juros da mora, presente a declaração de inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do artigo 100 da Carta da República, na redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 62/2009. Consoante se verifica no ato tido por inobservado, ficou suspensa a eficácia do que assentado no julgamento das referidas ações diretas,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

já havendo o Pleno iniciado a análise da questão relativa à modulação dos efeitos. Embora Sua Excelência tenha se reportado apenas aos tribunais de justiça, o pronunciamento fez-se voltado a todos os órgãos jurisdicionais. O próprio ministro Luiz Fux, prolator da decisão apontada desrespeitada, tem implementado liminares em situações semelhantes – Reclamações nº 16.980 e 16.705. É, portanto, inadequada a adoção de entendimento pelo Órgão reclamado em descompasso com a sistemática vigente até o exame definitivo das ações diretas.

3. Defiro a liminar para suspender a eficácia do acórdão formalizado pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Agravo nº 70058368903 enquanto o Supremo não concluir a apreciação concernente ao alcance dos efeitos das decisões proferidas nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357/DF e 4.425/DF. (Rcl 17626, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 23/05/2014)

Assim, até a modulação dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, deve ser mantida a aplicação do art. 406 do CC/2002 aos casos de mora administrativa. É que tal dispositivo determina que, quando os juros moratórios não forem convencioneados, os mesmos serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Dessa forma, pode a Administração determinar juros convencionais na licitação de forma diversa aquela estabelecida para condenações da Fazenda Pública, de modo que se constata a **possibilidade de manutenção do item impugnado**.

II.2.9 – DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Afirma a impugnante que as multas impostas pelo edital extrapolam o limite de 10% do valor do contrato, o que violaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o “Decreto 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991” (sic), além de ofender a Medida Provisória nº 2.172/01.

Continua a empresa interessada aduzindo que as penalidades estabelecidas são excessivas e afirma que “a multa definida no percentual acima exposto gera para a contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade”.

MPORN
MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

Requer, por isso, a adequação do item 22.5, alíneas “d”, “e” e “f” do Edital e item 14.5, II, alíneas “d”, “e” e “f” da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

Pois bem. Ocorre que o contrato proposto na licitação é espécie de contrato sujeito a regime jurídico diferenciado, que é o regime de direito público, no qual há possibilidade de inserção das chamadas cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93.

Tais cláusulas objetivam resguardar o interesse público e principalmente a continuidade do serviço público, diante de sua imprescindibilidade para a sociedade, de eventuais desvios, falhas e irregularidades cometidas pelo particular na execução do contrato.

Ademais, a lei remete ao ato convocatório ou ao contrato o tratamento devido, pelo que interessa ao deslinde da questão, à inexecução total do contrato e ao atraso injustificado no início da execução dos serviços.

É evidente que tal tratamento não poderia prescindir da observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e é o que ocorre no presente caso, haja vista a previsão editalícia da aplicação de multa calculada sobre o valor total do contrato, apenas para o caso de inexecução total, ou recusa no recebimento do empenho.

É verdade que a inexecução poderá ser considerada grave, caso venha a ocorrer um atraso de grande monta na execução dos serviços ou na regularização de eventuais vícios, o que, diante da necessidade e importância do serviço a ser contratado soa bastante razoável, devendo-se lembrar, ainda, que são plenamente assegurados à futura contratada, em qualquer hipótese, a ampla defesa e o contraditório, de acordo com previsão editalícia.

Entretanto, é importante diferenciar a inexecução parcial da inexecução total, devendo esta ser punida com maior rigor, ou seja, sobre o valor total do contrato, enquanto que a inexecução parcial deve levar em consideração a parte ou parcela da obrigação não prestada devidamente pela contratada.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

Nesse sentido, vide a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme excerto do seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DE MULTA IMPOSTA POR INEXECUÇÃO TOTAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O ato impugnado neste mandado de segurança – consubstanciado no indeferimento da solicitação de dispensa de pagamento de multa prevista em contrato administrativo – não viola o princípio da legalidade a que se refere o art. 37, caput, da Constituição da República, tampouco os arts. 393 do Código Civil e 70 da Lei 8.666/93. A inexecução contratual não decorreu de força maior ou de fato de terceiro, mas de conduta culposa da impetrante.

2. Não assiste razão à recorrente quando alega que teria havido violação do princípio do interesse público. A pretensão de que a multa não seja aplicada constitui e integra o rol dos interesses meramente privados da impetrante. A sua aplicação, ao reverso, tem por escopo o interesse público: (I) por conferir efetividade às normas da Lei 8.666/93 relativas à inexecução contratual; (II) por ter efeito e caráter didático, obstando ações temerárias por parte dos pretendentes a contratar com a Administração Pública (e a conduta da impetrante foi temerária e negligente). O contrato tem por objeto atender finalidade pública que será postergada e adiada pela necessidade de se realizar nova contratação. Há que ser considerado o tempo e os recursos financeiros e humanos empreendidos na licitação e na contratação. Portanto, violadora do interesse público seria a não aplicação de sanção legal e contratualmente prevista para a hipótese.

3. Não procede a alegada violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Dada a inexecução do contrato administrativo em questão, para o qual ficou avençado o valor total de R\$ 3.877.046,00, não deve ser considerada desproporcional ou desrazoável a multa fixada em vinte por cento (20%) sobre o valor correspondente apenas aos componentes de hardware e software da Solução de Automação de Fitoteca contratada.

4. Não merece prosperar a alegada violação do princípio da motivação dos atos administrativos. A decisão que indeferiu a solicitação de dispensa da multa contratual indicou os fundamentos



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

de fato e de direito necessários para a imposição da sanção administrativa. O motivo de direito foi a previsão legal e contratual expressa da multa. O motivo de fato foram a inexecução contratual e a conduta culposa da impetrante.

5. *Recurso ordinário desprovido. (RMS 21.949/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)*

Por todo o exposto e diante da clareza da norma estabelecida na Resolução nº 72/2012-PGJ, deve ser mantido o item impugnado, conforme decisão do Pregoeiro.

II.2.10 – DO REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

Edital, item 23.1:

23.1 – Poderá ser concedido reajuste do valor pactuado, caso haja solicitação fundamentada da empresa contratada, a cada período de 12 MESES, contados da data da apresentação da proposta, aplicando-se a variação do ÍNDICE DE SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – IST ou outro índice que eventualmente venha a substituí-lo.

A empresa assevera que a manutenção do equilíbrio econômico tem respaldo constitucional (art. 37, XXI), que para a recomposição da equação econômico-financeira existem diversas figuras, dentre elas o reajuste, que nada mais é do que a indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos, a fim de compensar exclusivamente os efeitos das variações inflacionárias, mantendo o valor da moeda, sem o que haveria desequilíbrio econômico, com prejuízo de uma das partes.

Aduz ainda que, da mesma forma, a Lei nº 8.666/93, art. 40, XI, determina a obrigatoriedade de o Edital conter cláusula que preveja o critério de reajuste, arrazando no seguinte sentido:

A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

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

(...)

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

Acerca das tarifas do STFC, o art. 42 da Resolução nº 426/2005, que aprova o Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado, assim determina:

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

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

(...)

A cláusula impugnada está em consonância com o pedido da empresa, ou seja, prevê o reajuste com base no índice de serviço de telecomunicações – o IST.

II.2.11 – DO PRAZO PARA REPARO

A empresa interessada questiona o prazo de 5 horas previsto na cláusula 7.8 da minuta contratual para o tempo médio de reparo na hipótese de ocorrência de indisponibilidade de links. Afirma que a Resolução nº 574/2011 da Anatel, que

estabelece o Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia, determina que as solicitações de reparos por falhas ou defeitos na prestação do serviço devem ser atendidas em até vinte e quatro horas, contadas do recebimento da solicitação.

Acerca deste questionamento, a DTI entendeu que o prazo de quatro horas para o restabelecimento total do serviço é razoável e necessário, não devendo ser alterado e que o prazo estabelecido pela ANATEL é um prazo máximo de atendimento.

Dessa forma, tratando-se de item afeto à análise técnica, entende-se pela sua manutenção, reiterando-se, no ponto, as ponderações *supra*, em razão da essencialidade do serviço para as atividades desenvolvidas pelo Ministério Público, que não pode prescindir do serviço a ser contratado.

II.2.12 – DA CONFIDENCIALIDADE DAS INFORMAÇÕES TRAFEGADAS

Entende-se pertinente e razoável a exceção proposta pela impugnante para que a garantia da inviolabilidade e do segredo das comunicações da contratante seja **ressalvada pela quebra de sigilo determinada exclusivamente por autoridade judicial competente.**

II.2.13 – DA LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

Contrato, item 11.1.12:

11.1.12 – Responsabilizar-se, civil e administrativamente, sob as penas da lei, por **quaisquer danos e ou prejuízos materiais** ou pessoais que venha a causar e/ou causados pelos seus empregados ou prepostos à CONTRATANTE, incluindo todas as despesas diretas ou indiretas para o desempenho do objeto deste contrato.

No tocante ao tema da responsabilidade da contratada, a Lei nº 8.666/93 prevê:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e **responsabilidades das partes**, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

(...)

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

(...)

VII - os direitos e as **responsabilidades das partes**, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

(...)

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.

Nesse ponto, esclarece Marçal Justen Filho (“Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009, pág. 782):

“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. Não se aplica, porém, no relacionamento entre o contratado e terceiros, relativamente à execução de serviços públicos.”

Assim, consoante os preceitos legais transcritos, entende-se pelo deferimento da impugnação, para melhor adequação da cláusula ao texto da lei,

inserindo-se a expressão “**decorrentes de sua culpa ou dolo**”.

II.2.14 – DO OBJETO

Conforme esclarecido na resposta à Embratel, a Diretoria de Tecnologia da Informação propôs um novo Termo de Referência com algumas alterações na especificação do objeto e, ainda, esclareceu que o pregão eletrônico dará origem a uma Ata de Registro de Preços, devendo o licitante ter condições de atender a todas as velocidades registradas nos endereços especificados nos lotes, constando no edital informações sobre o parque atualmente instalado (fls. 416 e 422/451). Ademais, inseriu o seguinte item: “os links contratados devem ser conectados ao sítio concentrador do MPRN em uma única fibra”.

II.2.15 – DAS TECNOLOGIAS DE TRANSMISSÃO

A redação do item foi alterada pela Diretoria de Tecnologia da Informação para deixar mais clara a necessidade em caso de reiterados problemas no link.

II.2.16 – DOS PRAZOS

A Diretoria de Tecnologia da Informação opina pela não alteração dos prazos, asseverando que são factíveis, conforme experiência da Administração.

II.2.17 – DO PAGAMENTO

A Diretoria de Tecnologia da Informação entende como necessária a exigência.

II.2.18 – DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA

A Diretoria de Tecnologia da Informação entende como necessária a exigência.

II.2.19 – DO ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO

A Diretoria de Tecnologia da Informação entende como necessária a exigência.

III – CONCLUSÃO

Diante do exposto, opina esta Coordenadoria Jurídica Administrativa pelo acolhimento parcial das impugnações apresentadas, nos termos da fundamentação *supra*, considerando também as alterações já promovidas pela Diretoria de Tecnologia da Informação ao apresentar novo Termo de Referência (fls. 422/451).

Natal/RN, 09 de setembro de 2014.

Wendell Beethoven Ribeiro Agra
PROMOTOR DE JUSTIÇA
Coordenador da Assessoria Jurídica Administrativa

DESPACHO

Aprovo e adoto o parecer.

À Comissão Permanente de Licitação, para as providências cabíveis.

Sugere-se a adequação destas mudanças aos próximos editais de licitação com mesmo objeto.

Natal/RN, 09 de setembro de 2014.

Jovino Pereira da Costa Sobrinho
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA ADJUNTO



MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO NORTE
PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA
COORDENADORIA JURÍDICA ADMINISTRATIVA