

ENC: EDITAL DE LICITAÇÃO - PROCESSO SIAD: Nº 73/2020 - instrumento de impugnação

Simone de Oliveira Capanema <scapanema@mpmg.mp.br>

Qui, 30/04/2020 18:29

Para: marcelo.castanheira@oi.net.br <marcelo.castanheira@oi.net.br>

Cc: Leonardo Bruno Possa Andrade <lbandrade@mpmg.mp.br>; Rodrigo Augusto dos Santos Silva <rodrigasantos@mpmg.mp.br>

 1 anexos (542 KB)

Impugnação - PE 073_2020 - Ministério Público do Estado de Minas Gerais (SCM)-.pdf;

Processo Licitatório nº 73/2020

PROCESSO SEI: Nº 19.16.2255.0011935/2019-14

Objeto: Contratação de serviços de conectividade de acesso à Internet, incluindo o fornecimento de equipamentos em comodato, serviços de instalação, configuração, atualização, manutenção e suporte técnico, a serem executados de forma contínua, nas diversas unidades do Ministério Público de Minas Gerais.

Requerente: Telemar Norte Leste S.A – em Recuperação Judicial.

ESCLARECIMENTOS ADMINISTRATIVOS

A empresa Telemar Norte Leste S.A – em Recuperação Judicial, apresentou peça impugnativa referente ao processo licitatório em epígrafe, que em caráter excepcional foi recebida via endereço eletrônico, visto que estamos em trabalho remoto, porém, a requerente não cumpriu a exigência editalícia quanto à apresentação da documentação, estando em desconformidade com o subitem 3.2.1 que assim dispõe:

“3.2.1. A impugnação deverá ser assinada pelo cidadão, acompanhada de cópia do seu documento de identificação com foto, contendo número do seu RG ou CPF, ou pelo representante legal da empresa licitante, com indicação de sua razão social, número do CNPJ e endereço, acompanhada de todos os documentos necessários à comprovação do poder de representação do signatário.”

Entretanto, em atenção ao direito constitucional de petição e ao princípio da autotutela, considerando ainda que, conforme previsto no art. 10 da Lei Estadual nº 14.184/2002, todo assunto submetido ao conhecimento da Administração tem o caráter de processo administrativo, revela-se prudente o recebimento da presente demanda como requerimento administrativo, a fim de que sejam esclarecidos os apontamentos realizados pela empresa supracitada.

Isso posto, passamos em seguida à resposta da interpelação da requerente:

PERGUNTA 1 - EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO - O item 9.4.3.1 do Edital e o item 11.1 do Termo de Referência exigem, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação do Ato de concessão ou autorização para a prestação dos serviços de links de acesso à Internet, parte do objeto desta licitação, expedido pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (conforme Lei nº 9.472/97). Porém, a apresentação dos Extratos dos Contratos de Concessão e Termos de Autorização celebrados com a Anatel devidamente publicados no Diário Oficial da União são documentos hábeis para comprovar referida exigência editalícia. Ademais, deve-se levar em consideração que a íntegra desses documentos está disponível na página oficial

da Anatel na rede mundial de computadores. Tal solicitação tem o intuito de dar celeridade ao processo licitatório, em função da diminuição significativa de documentos, bem como economicidade para as licitantes, tendo em vista o elevado número de páginas desses documentos e o alto custo das autenticações. Vale destacar, ainda, que é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal[1]. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante. Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista no item 9.4.3.1 do Edital e do item 11.1 do Termo de Referência, para que as licitantes possam apresentar os extratos do Contrato de Concessão ou do Termo de Autorização, ambos outorgados pela ANATEL, os quais são devidamente publicados no Diário Oficial da União, ou Declaração expedida pela Anatel assinada digitalmente.

RESPOSTA 1 : Conforme manifestação do setor técnico, a apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

PERGUNTA 2 LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

Da análise da Cláusula Sexta, alínea “c” da Minuta do Contrato, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder integralmente, pelos danos causados à Contratante ou a terceiros. 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 ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente diretamente de sua culpa ou dolo, o que evidencia a ilegalidade 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 concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”¹ (grifos nossos) Diante disso, cumpre trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União: “Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. (Acórdão n.º 2664/2007, Plenário) Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada. Ressalte-se que o dano direto é aquele que produz no bem imediatamente em consequência do evento determinante, enquanto que no dano indireto, o prejuízo só se verifica como consequência posterior. Assim, caso tenha sido causado dano diretamente à Administração ou a terceiros, sem restar comprovada a culpa ou dolo da Contratada, a Contratante não poderá exigir indenização dos eventuais prejuízos causados, mas apenas determinar à Contratante a adoção de medidas corretivas. Diante do exposto, requer seja alterada a Cláusula Sexta, alínea “c” da Minuta do Contrato, 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.

RESPOSTA 2 A requerente refere-se à responsabilidade da Contratada aos danos causados à Contratante sem previsão para o caso de apurar a responsabilidade seja por culpa ou por dolo. A refutação da requerente não prospera, haja vista a ausência de leitura mais atenta às disposições do edital, pois se examina na Cláusula Sexta, alínea “c” do Anexo I do Edital, o seguinte teor c) Responder integralmente pelos danos causados à Contratante ou a terceiros, por culpa ou dolo decorrentes da execução deste Contrato, não havendo exclusão ou redução de responsabilidade decorrente da fiscalização ou do acompanhamento contratual exercido pela Contratante. Resta evidente que o dever de indenizar por parte da Contratada há de ser verificado o eventual dano causado à Contratante, atado aos casos de culpa ou dolo. Observa-se que a própria requerente menciona no art. 70 da Lei 8.666/93 que dispõe: 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. Portanto, a disposição no edital sobre o tema nada fere as normas afetas ao assunto, e encontra-se em consonância com o art. 70 da Lei 8.666/93, assegurados à Contratada o contraditório e a ampla defesa, isto posto, não cabe razão a requerente para correção no edital.

PERGUNTA 3 - 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 competição.”² A presente licitação tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações, os quais são regidos pela Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações). Assim, as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência “controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes.” Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços.

Ressalte-se que apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC poderá ser prestado em regime público, por meio de Concessão do Poder Concedente. Assim, as concessionárias são remuneradas pela cobrança de tarifas, conforme acima explicado. Ante o exposto, requer a adequação da Cláusula Décima Terceira da Minuta do Contrato e

do item 19 do Termo de Referência, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma: “A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”.

RESPOSTA 3 - Quanto à questão levantada pela requerente neste tópico, a disposição contida no edital foi embasada em parecer da Assessoria Jurídica e do setor Técnico acatado pelo Procurador Geral de Justiça Adjunto Administrativo.

PERGUNTA 4 : VALOR DA GARANTIA - A Cláusula Décima Quarta da Minuta de Contrato estipula que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato. Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 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 diversa³”. O princípio da regra da razão se expressa 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 compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger⁴.” O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude. Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. (...) Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito⁵.” Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio. Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais. Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5%

(cinco por cento), e sim em no máximo 2% (dois por cento), tendo em vista a situação econômica do país e a condição da Licitante estar em recuperação judicial.

RESPOSTA 4 - Neste ponto apresentado pela requerente, vejamos o § 2º do art. 56 da Lei 8.666/93 que assim dispõe: Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras. § 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (grifo nosso). Dessa forma, a mencionada garantia visa a resguardar a Administração de eventuais prejuízos decorrentes de inexecução Contratual devendo ser tratada em cada caso concreto e observadas as peculiaridades do objeto desta licitação. Por oportuno, colaciona-se o dispositivo da IN/SLTI/MP nº 06, de 23 de dezembro de 2013, alterando a Instrução Normativa nº 02, de 30 de abril de 2008, transcrito abaixo: Art. 19.(...)XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos: a) a contratada deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação deserviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato; Dessa forma, não se encontram desproporcionais nem desarrazoadas os termos exigidos, estando de acordo com as normas legais.

PERGUNTA 5 - DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA-

A Cláusula Décima Quinta, item I, alínea “d” da Minuta do Contrato não faz distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato. É importante ressaltar que a multa aplicada tem como base de cálculo o valor total do contrato. De plano já se observa uma aplicação desproporcional e irrazoável, pois nos casos de inexecução parcial, a multa deve ter como base de cálculo o valor mensal ou o percentual inadimplido. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 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”⁶. 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 compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”⁷ O princípio da razoabilidade deve ser observado pela Administração Pública à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Não pode, portanto, existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude. Com efeito, o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “A Administração Pública, ao atuar no exercício de discricção, terá que estabelecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. (...) Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem

de discricção) significa que lhe deu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de Direito.”⁸ Logo, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio. Assim, o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais. Desta forma, requer a alteração da Cláusula Décima Quinta, item I, alínea “d” da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato.

RESPOSTA 5: Importa esclarecer que este Órgão utiliza como parâmetro os percentuais de multa previstos no Decreto Estadual n.º45.902/12, que regulamenta a Lei Estadual n.º 13994/01, nesse diapasão, transcrevemos o artigo 38 do mencionado Decreto: Art. 38. Aos fornecedores que descumprirem total ou parcialmente os contratos celebrados com a Administração Pública Estadual serão aplicadas as sanções previstas no art. 87 da Lei Federal n.º 8.666, de 1993, com observância do devido processo administrativo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, observado o disposto neste Decreto: I - advertência escrita - comunicação formal de desacordo quanto à conduta do fornecedor sobre o descumprimento de contratos e outras obrigações assumidas, e a determinação da adoção das necessárias medidas de correção; II - multa - deverá observar os seguintes limites máximos: a) três décimos por cento por dia, até o trigésimo dia de atraso; b) dez por cento sobre o valor da nota de empenho ou do contrato, em caso de recusa do adjudicatário em efetuar o reforço de garantia; c) vinte por cento sobre o valor do fornecimento, serviço ou obra não realizada ou entrega de objeto com vícios ou defeitos ocultos que o torne impróprio ao uso a que é destinado, ou diminuam-lhe o valor ou, ainda, fora das especificações contratadas; Portanto, o administrador não fez uso da discricionariedade, mas sim da legalidade, por isso, se consolida no Decreto supramencionado. A lei de licitações prevê a necessidade de gradação de penalidade, ou seja, da mais leve a mais grave, de acordo como caso concreto, nesse sentido, transcrevemos o Acórdão n.º 607/2016, Plenário, do Tribunal de Contas da União, ao determinar ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, que promova, nos futuros editais; 9.3.2. em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei 8.666/93, preveja, no edital e no respectivo contrato, situações claras para aplicação das penalidades, estabelecendo gradações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada (Relator Augusto Sherman) Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, elemento norteador das decisões da Administração Pública foi considerado, observados a aplicabilidade da sanção de acordo com a gravidade da infração. Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, por isso, razão não assiste à requerente.

PERGUNTA 6 - EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

O item 2.6 do Anexo III do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa válida, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo DecretoLei n.º 5.452/1943. Porém, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado. A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório. Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente: “Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: (...) IV – regularidade fiscal e trabalhista;” “Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo DecretoLei no 5.452, de 1o de maio de 1943.” Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Deste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de execução trabalhista definitiva. As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas. Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011: “Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (...) § 2o Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso) Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista. Não obstante, vê-se que a disposição do Edital fere não somente o texto legal mencionado, mas também o sentido intrínseco do dispositivo, ao não prever a possibilidade de regularização jurídica por parte das empresas licitantes por meio da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição. Ante o exposto, requer a adequação do item 2.6 do Anexo III do Edital para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT

RESPOSTA 6 - A requerente, mais uma vez, s.m.j., comete um equívoco na interpretação do dispositivo editalício, senão vejamos:

“2.6 – Prova de regularidade perante a Justiça do Trabalho, através da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), **ou equivalente;**” (grifo nosso).

O termo “ou equivalente”, significa que a Certidão a ser apresentada deve ser negativa ou ter a mesma equivalência. Ante do exposto, informamos que o pedido de alteração do edital, nesse tópico, também não será atendido.

PERGUNTA 7 - SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO DE PREVISÃO DE GARANTIAS POR ATRASO DE PAGAMENTO

Da análise do instrumento convocatório notou-se a ausência de garantias à Contratada em caso de atraso no pagamento da parcela avençada. 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 ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária. Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta. Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada. Pelo exposto, faz-se necessária a inclusão de item no Edital referente ao ressarcimento 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.

RESPOSTA 7: No que diz respeito à inclusão de penalidade à Contratante por eventuais atrasos no pagamento, cumpre esclarecer, primeiramente, que a Procuradoria-Geral de Justiça, na execução de todos os seus contratos, preza pelo princípio da legalidade e pela observância aos deveres legais e contratuais a ela atinentes. Pois bem, sobre o tema o Tribunal de Contas da União registrou interpretação a respeito de tal impossibilidade:

Súmula nº 226: É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, aos Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa.

Nessa esteira, destaca-se também o entendimento do Tribunal de Contas da União, na Súmula 205:

É inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão.

Assim, resta patente que o disposto no Edital se apresenta em conformidade com as súmulas do Tribunal de Contas da União, não havendo, nesse particular, qualquer modificação a ser efetuada no instrumento editalício.

Ademais, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), quando da apreciação da consulta nº 837.374, que versava sobre a inclusão no edital de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública, também emitiu parecer no sentido de que se apresenta totalmente descabido tal pleito.

Sobre o assunto, vejamos o posicionamento do Relator Conselheiro Elmo Braz:

Mostra-se descabida, a menos em princípio, a inclusão de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública em virtude de inexecução ou rescisão contratuais”, contudo, não haveria, a priori, “vício e/ou nulidade no contrato que estabeleça cláusula penal (multa) somente em favor da Administração Pública”.

Acrescenta-se o julgado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que assim dispõe: 11852 – Contratação pública – Contrato – Cláusulas – Cláusula penal em favor do particular – Impossibilidade –

TCE/MG Em consulta encaminhada por prefeito ao TCE/MG, questionou-se se o contrato administrativo que estabelece cláusula penal somente em favor da Administração Pública estaria contaminado por vício e/ou nulidade. Conforme trecho do Informativo nº 51 do Tribunal, o Relator adotou o parecer da auditoria, no sentido de que “a incidência de normas de direito público aos contratos administrativos implica, inevitavelmente, no reconhecimento de prerrogativas à Administração Pública, entre elas a possibilidade de aplicação de sanções em razão da inexecução total ou parcial da avença.

Esclareceu que se exige a previsão tanto no edital do certame, como no contrato firmado com o licitante vencedor, das sanções para o caso de inadimplemento, com a fixação dos valores das multas aplicáveis. Observou que, nas hipóteses de inexecução ou rescisão contratuais por parte da Administração Pública, o particular não fica descoberto, sendo-lhe assegurado, nos termos do art. 78, XIV e XV, da Lei 8.666/93, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações por ele assumidas até que seja normalizada a situação, caso haja a suspensão da execução do contrato por prazo superior a 120 dias ou o atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados. (...)

No tocante à rescisão do contrato, aduziu que, tendo em vista o interesse público, alicerce dos contratos administrativos, bem como em respeito ao princípio da legalidade, mostra-se descabido, ao menos em princípio, a previsão de multa em favor do particular.

Salientou que é exatamente a presença do interesse público que justifica a sujeição dos contratos administrativos a um regime especial, conforme o qual, entre outras especificidades, não se admite a aplicação de multa em razão do pecificidades, não se admite a aplicação de multa em razão do inadimplemento da Administração. Corroborando tal entendimento, ressaltou o teor da Súmula 205 do TCU, segundo a qual 'é inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão'. Diante do exposto, o relator concluiu ser descabida a inclusão de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública em virtude de inexecução ou rescisão contratuais e não haver vício e/ou nulidade no contrato que estabeleça cláusula penal somente em favor da Administração Pública”.

(TCE/MG, Consulta nº 837.374, Tribunal Pleno, Rel. Cons. Elmo Braz, Informativo nº 51, período de 15 a 28.08.2011.0

Ante o exposto, havendo jurisprudência já consolidada a respeito do assunto, não há que se falar em previsão de penalidade à Contratante por eventuais atrasos no pagamento.

Atenciosamente,



Simone de Oliveira Capanema
Diretoria de Gestão de Compras e
Licitações
Avenida Álvares Cabral 1740, 6º andar
Belo Horizonte - MG
CEP: 30170-001

De: Marcelo Dos Santos Castanheira <marcelo.castanheira@oi.net.br>

Enviado: quarta-feira, 29 de abril de 2020 15:40

Para: Diretoria de Compras e Licitacoes <dgcl@mpmg.mp.br>

Cc: Mitsuo Orlando Nonaka <Mitsuo@oi.net.br>; Eduardo Camargos Lopes Batista <elopes@oi.net.br>; Jacquelyne Bia Araujo Souza <jacquelyne.souza@oi.net.br>; Cesar Augusto Moreira <cesar.moreira@oi.net.br>; Victor Melo Franco Maciel <victor.maciел@oi.net.br>; Alfredo Tundis Ferreira <alfredo.ferreira@oi.net.br>; Alan Vial <alan.vial@oi.net.br>

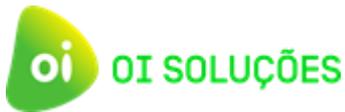
Assunto: EDITAL DE LICITAÇÃO - PROCESSO SIAD: Nº 73/2020 - instrumento de impugnação

Sr. Pregoeiro,

Encaminho em anexo instrumento de impugnação ao referido edital, para análise por V.Sa.

Atenciosamente,

Marcelo dos Santos Castanheira
Executivo de Negócios
Gerência de Soluções Si Ti
Diretoria de Vendas Corporativas – Gov. MG
(31) 9 8584-2207
marcelo.castanheira@oi.net.br



A marca acima está legalmente protegida.

Antes de imprimir, lembre-se do seu compromisso com o meio ambiente.

Esta mensagem, incluindo seus anexos, pode conter informações privilegiadas e/ou de caráter confidencial, não podendo ser retransmitida sem autorização do remetente. Se você não é o destinatário ou pessoa autorizada a recebê-la, informamos que o seu uso, divulgação, cópia ou arquivamento são proibidos. Portanto, se você recebeu esta mensagem por engano, por favor, nos informe respondendo imediatamente a este e-mail e em seguida apague-a.