



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

Processo Licitatório nº 5/2020

PROCESSO SEI: Nº 19.16.3900.0008168/2020-27

Objeto: Contratação de serviços de segurança integrada de rede de dados, compreendendo o fornecimento de equipamentos em comodato, serviços de instalação, configuração, manutenção, atualização, monitoramento e suporte técnico, na forma presencial e não presencial, a serem executados de forma contínua, nas diversas unidades do MPMG, compreendidas no Estado de Minas Gerais e na cidade de Brasília/DF.

Requerente: À empresa Telemar Norte Leste S/A - Em recuperação Judicial (Oi)

ESCLARECIMENTOS ADMINISTRATIVOS

A Telemar Norte Leste S.A – em Recuperação Judicial (Oi) apresentou peça impugnativa, referente ao processo licitatório em epígrafe, porém, a empresa impugnante não cumpriu a exigência editalícia quanto aos documentos a serem apresentados simultaneamente com a impugnação, estando em desconformidade com o Item 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.

Ademais, ao analisar as questões apresentadas pela licitante, restou verificado que sua maior parte é evocada repetidamente pela empresa em diversos certames, tendo já este órgão apresentado respostas definitivas acerca dos temas.

Isto posto, restam fortes de indícios de que o presente pedido de esclarecimentos tem caráter meramente protelatório, sendo que a insistência da licitante em tumultuar os procedimentos licitatórios por meio deste tipo de ação, poderá acarretar na aplicação de penalidades através do competente processo administrativo.

Isso posto, passemos à resposta da interpelação apresentada.

1) Questionamento:

EXIGÊNCIA ABUSIVA



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

O item 4.3.4 e o ANEXO IV do Edital preveem que não podem participar do certame empresas que possuam em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de membros ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação, inclusive no período compreendido entre os 6 (seis) meses anteriores à publicação deste Edital até a presente data.

Ocorre que, tais exigências mostram-se excessivas, na medida em que não possuem finalidade correlata à execução do objeto.

Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.

Nesse contexto, é relevante destacar que o instrumento convocatório deve se abster de incluir cláusulas e exigências desnecessárias à finalidade da contratação, bem como aquelas que frustrem o caráter competitivo do certame.

A exigência imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

Cumprido destacar que quanto aos serviços de telecomunicações - objeto ora licitado -, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

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

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

“Art. 2º O Poder Público tem o dever de: (...)
III - adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;” (grifo nosso)

Ademais, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

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

Inexiste no mercado uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista nos itens em comento.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

1) Resposta:

A requerente alega que a exigência estabelecida no item 4.3.4 bem como o definido no Anexo IV ambos do edital é desnecessária e excessiva, afetando a competitividade.

No entanto, não há nenhuma impropriedade no edital quanto à exigência editalícia, sendo que acerca do vínculo de parentesco o edital prevê:

(...)

4.1. "Não poderão participar da presente licitação as empresas que:

4.3.4 Possuírem em seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de membros ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação, inclusive no período compreendido entre os 6 (seis) meses anteriores à publicação deste Edital até a presente data, conforme disposto na Resolução nº 37/09 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução nº 172/17;"

A observância da Resolução do CNMP nos editais da PGJ que dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito dos órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, privilegia os princípios administrativos evitando lesões ao interesse público, notadamente, os princípios da moralidade e da impessoalidade.

Nesse sentido, vale destacar o entendimento do Tribunal de Contas da União, nº 6.620/2010-TCU-2ª Câmara, Relator Benjamin Zymle:

1.6.12 - exija que todas as entidades que recebem recursos provenientes de convênios ou ajustes similares vedem a participação em licitações e a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigentes, proprietários ou controladores: a) membros dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas da União, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros, e parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o 2º grau; e b) servidor público vinculado ao órgão ou entidade concedente, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros, e parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o 2º grau; c) pessoas vinculadas à direção da entidade conveniente, bem como seus respectivos cônjuges, companheiros, e parentes em linha reta, colateral ou por afinidade até o 2º grau; em atendimento ao princípio da impessoalidade, que deve reger os atos da Administração Pública, e ao disposto no art. 9º, inciso III, da Lei n. 8.666/1993.

Cita-se, também, o enunciado jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Sexta Turma, Processo: AG 451228020144010000, vejamos:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CEF. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA. VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS QUE TENHAM COMO SÓCIOS PARENTES DE OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO NA EMPRESA PÚBLICA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE, DA MORALIDADE, DA PUBLICIDADE E DA EFICIÊNCIA.

I - Cláusula editalícia que veda a participação, no procedimento licitatório, de empresas cujos sócios, dirigentes ou administradores possuam relação de parentesco com funcionários ocupantes de cargos comissionados na Caixa Econômica Federal. II - Licitante que possui, na sua composição societária, dois sócios que têm laços familiares com servidores da CAIXA, detentores de cargos comissionados. III - Apesar da inexistência de vedação legal expressa, haja vista não constar a regra impugnada entre as hipóteses de impedimento previstas no art. 9º da Lei 8.666/1993, ela deve ser



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

interpretada em consonância com os princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência inscritos no art. 37 da Constituição Federal. IV - Agravo de instrumento a que se nega provimento. Pedido de reconsideração prejudicado.

Dessa forma, não assiste razão a requerente pois o edital encontra-se em consonância com as normais legais, notadamente, os princípios basilares que regem a Administração Pública, sem, afetar o caráter de competição entre os licitantes.

2) Questionamento:

SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

Os itens 4.4.3 e 10.1 do Edital dispõem que o pregoeiro consultará os sistemas de registros de sanções CAFIMP e CAGEF visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.

Da leitura do dispositivo em comento, tem-se a impressão de que uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame.

Ocorre que, não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, pois seria o mesmo que admitir que empresas suspensas de licitar com a administração pública, estariam impedidas de participar.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração.

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, in verbis:

“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“Administração Pública: A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

“Administração: A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do Tribunal de Contas da União (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)³, segundo o qual os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou. Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU nº 147:

1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.

“[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que “a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”. E mais: “Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo “Administração” constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão “refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal” e que, portanto, “o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”. [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) “recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”. Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.

Vale mencionar que este já era o entendimento “histórico” do Tribunal de Contas da União, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Cabe salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a Instrução Normativa nº 02/2010 definindo que a aplicação da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o órgão público. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei nº 8.666.

Portanto, feita as distinções necessárias e reforçado o posicionamento do plenário do TCU sobre o tema, não se pode admitir que empresas que apresentem algum tipo de penalidade sejam impedidas de participar do certame, a menos que a penalidade seja em face do órgão licitante. Caso contrário, não há o que se falar em impedimento.

Nesse contexto, o mesmo racional se aplica ao disposto no item que se impugna. Não se pode admitir que o resultado da consulta aos cadastros em questão, caso aponte para algum tipo de penalidade, estenda seus efeitos de modo a impedir a empresa penalizada de licitar com outros órgãos, que não o penalizante.

É necessário que seja expressamente previsto que haverá proibição de participar a empresa que, após consulta aos referidos cadastros, verifique-se que exista penalidade com o órgão licitante e não com qualquer órgão.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

Como já dito anteriormente, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta como impeditivo de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.

Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

2) Resposta:

Com relação ao pedido da requerente no Item em comento, a Assessoria jurídico-Administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça – MG foi suscitada a se manifestar, tendo emitido o seguinte parecer:

Esclarecemos que a análise deve ser feita tomando-se como base a legislação estadual, e não a legislação federal, como fez a Impugnante. De fato, de maneira diversa do que disposto pelo art. 87 da Lei Federal n. 8.666/93, o Decreto Estadual n. 45.902/2012, evitando dar brechas para discussões teóricas e doutrinárias, estabeleceu de maneira bem clara as sanções administrativas em seu art. 38, III, dispondo que "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 nº 8.666, de 1993, com observância do devido processo administrativo, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa", dentre as quais está prevista a "suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública Estadual, por prazo não superior a dois anos". Em outras palavras, o Decreto Estadual deixa claro que a suspensão temporária, nesses casos, abrange todo o Estado, e não somente o órgão penalizante. Despicienda, portanto, toda e qualquer discussão doutrinária referente ao tema no âmbito do Estado de Minas Gerais. Também não prospera a impugnação de que a consulta aos cadastros do CAGEF/CAFIMP não estaria prevista em lei, como dá a entender o título do Item 2 da Impugnação. A impugnante novamente incorre no erro de não analisar a legislação local, no caso a legislação do Estado de Minas Gerais. Nesse ponto, esclarecemos que a Lei Estadual n. 13.994/2001 estabelece no art. 12 que "os responsáveis pela realização de licitação no âmbito da Administração Pública estadual consultarão o Cadastro em todas as fases do procedimento licitatório, tomando as necessárias providências para que sejam excluídas do processo licitatório as pessoas físicas ou jurídicas nele inscritas". Portanto, a lei estadual estabelece como obrigação do servidor público a consulta ao sistema do CAGEF/CAFIMP, bem como a exclusão do processo licitatório das pessoas físicas ou jurídicas nele inscritas, sob pena, disposta no art. 14, de infração funcional mediante a instauração de processo administrativo-disciplinar. Ademais, ao tratar de questionamento idêntico ao presente, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Denúncia n. 876.376, esclareceu não haver irregularidade na reprodução de dispositivos do Decreto Estadual n. 45.902/2012 nos editais de licitação, tendo em conta ser este um diploma normativo ao qual o servidor público estadual deve estrita obediência. Dessa feita, não encontramos vício ou irregularidade na exigência de consulta aos cadastros do CAGEF/CAFIMP, nem quanto à previsão da sanção de suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública Estadual, por prazo não superior a dois anos, às pessoas físicas ou jurídicas que se encontrarem incluídas nos referidos cadastros.

Portanto, não encontra razão a alegação da requerente.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

3) Questionamento:

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

Da análise da cláusula quinta, alínea “p”, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração de culpa ou dolo.

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

Contudo, importante destacar que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o 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.” (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 alterado o item em comento, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

3) Resposta:

Entendemos que, contrariamente ao levantado pela licitante, não há necessidade da alteração do Edital no que tange à abrangência da responsabilidade da contratada diante de eventuais prejuízos resultantes da prestação do serviço. Isto porque, conforme consta expressamente do Edital, o certame será regido pela Lei n. 8.666/93 e demais normas aplicáveis à licitação, sendo que havendo dúvidas acerca de responsabilização e extensão dos danos causados à contratante, deverão ser dirimidas com base no art. 70 do citado diploma legal.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

4) Questionamento:

REAJUSTE DOS PREÇOS

A Cláusula décima segunda da Minuta do Contrato dispõe que a periodicidade para o reajuste do objeto será de 12 (doze) meses, contados da data de apresentação das propostas, no caso de primeiro reajuste, ou da data do reajuste anterior, na hipótese de reajustes posteriores, com base no Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, medido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ou em outro índice que venha substituí-lo.

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 inexecutável ou a distorção da competição.”

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.

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

Ante o exposto, requer a adequação da cláusula décima segunda da minuta do contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

“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”.

4) Resposta:

A alegação da impugnante quanto ao reajuste de preços previsto na Cláusula Décima Segunda da minuta do contrato, em que se requer a aplicabilidade do índice do IGP-DI (Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna) como reajuste de preços anual, por se tratar de serviços de telecomunicações, não deve prosperar.

Registra-se, por oportuno, que tal matéria aqui tratada já foi alvo de questionamento pela impugnante, e por se tratar de natureza eminentemente técnica, a Auditoria da Procuradoria-Geral de Justiça, emitiu parecer técnico acerca do assunto, sendo a resposta disponibilizada, na data de 21/02/2018, na página da Procuradoria-Geral de Justiça, no endereço www.mpmg.mp.br. Nesse sentido, a Auditoria da PGJ assim se manifestou:

Referente ao questionamento da Telemar Norte Leste S.A. (Telemar), item 3 - Reajuste dos Preços, opinamos:

De acordo com a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)*, os serviços de telecomunicações prestados pelas operadoras são remunerados por TARIFAS ou PREÇOS.

“Tarifa é a contrapartida financeira pela prestação de serviços públicos.

No setor de telecomunicações, as tarifas são reguladas de acordo com um modelo de teto de preços que estabelece o valor máximo da tarifa a ser praticada.

As tarifas são reajustadas anualmente pela combinação do índice de inflação setorial e o fator redutor de tarifa, o Fator X. Eventualmente, quando ocorrem eventos alheios à eficiência ou iniciativa das concessionárias, a Anatel promove revisões tarifárias de modo a restabelecer o equilíbrio dos contratos de concessão. Preço é expressão monetária do valor de um bem ou serviço transacionado no mercado.

Os preços são acompanhados pela Agência, podendo ser reajustados, dependendo da regulamentação, por exemplo, a cada 12 meses, pela variação do índice de inflação estabelecido em contrato entre o usuário e a prestadora de serviço.”.

Considerando que o objeto da licitação é um serviço transacionado no mercado, a remuneração pela prestação será por preço e, dessa forma, os reajustes dessa remuneração poderão ocorrer pela variação de índice inflacionário estabelecido em contrato entre o usuário e a prestadora de serviço.

Portanto, tendo em vista que o índice inflacionário regulamentado nesta PGJ é o IPCA/IBGE, para fins de reajuste dos contratos celebrados pela Procuradoria-Geral de Justiça, não vemos nos argumentos apresentadas pela Telemar razões para a alteração do índice.

Ressaltamos, ainda, que o IPCA é o índice de maior representatividade na composição do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) aplicado pela ANATEL nos reajustes das tarifas de telefonia pública.

Nesse contexto, a Procuradoria Geral de Justiça dispõe de ~~do~~ normativo interno que regulamenta a matéria, sendo que o IPCA foi fixado como índice oficial de reajuste dos contratos celebrados por este Órgão pela Resolução PGJ nº 21, de 8 de março de 2002:

“RESOLVE:

Art. 1º Fixar o índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA -, medido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE -, como índice oficial de reajuste dos contratos celebrados pela Procuradoria-Geral de Justiça.”

Nesse sentido, havendo regulamentação normativa interna quanto ao



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

presente tema e estando a Administração Pública vinculada ao princípio da legalidade, não há discricionariedade quanto à escolha do índice a ser adotado para reajuste. Logo, o pleito de alteração da cláusula décima segunda da minuta de contrato (Anexo I do Edital) não merece prosperar.

5) Questionamento:

DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

A Cláusula Décima Quarta, item I, alínea “c”, da Minuta do Contrato determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

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

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

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

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

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

nosso)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5) Resposta:

Alega a requerente que a Cláusula Décima Quarta, item I, alínea “c”, da Minuta do Contrato determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, assim como a Medida Provisória n.º 2.172/01.

Importa esclarecer que este Órgão utiliza como parâmetro os percentuais de multa previstos no Decreto Estadual n.º 45.902/12, 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 nº 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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

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 com o 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.

No tocante, a medida Provisória nº 2.172/01 não cabe a alegação da requerente, uma vez que os processos licitatórios possuem disposições próprias, sendo estas, criteriosamente, observadas na composição do Edital e Minuta do contrato.

Assim, não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade e da proporcionalidade, por isso, razão não assiste à requerente.

6) Questionamento:

BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

A Cláusula Décima Quarta, item I, alínea “c”, da Minuta do Contrato prevê a aplicação de multas sobre o valor total adjudicado, mesmo em caso de inexecução parcial.

No entanto, não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ora, não é justa nem razoável tal determinação, posto que uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do contrato celebrado, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela e não sobre o valor integral da contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade.

Desta forma, em caso de descumprimento parcial das obrigações a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.

O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimos – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento à finalidade da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei.

(...)

Este princípio (proporcionalidade) enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobremodo quando a Administração restringe a situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (em “Curso de Direito Administrativo”, 12ª edição, páginas 79 a 81)

A ilustríssima Prof. Lúcia Valle Figueiredo classifica ambos os princípios (proporcionalidade e razoabilidade) da seguinte forma:

“Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contratar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito... não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus standards pessoais, a lume de sua ideologia, a lume do que entende ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que em Direito Civil se denomina valores do homem médio.

Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também como princípio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas. Traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação

concreta da Administração.” (grifamos) (em Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, página 47 e 48)

Extrai-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Vale dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Assim, a eventual manutenção dos percentuais de multa atacados constitui afronta aos princípios basilares que devem conduzir os atos deste órgão, quais sejam, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação do item em comento para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.

6) Resposta:

Verifica-se que o questionamento da licitante carece de fundamento, haja vista que já consta da cláusula décima quarta da Minuta de Contrato (Anexo I do Edital) que as multas compensatórias e moratórias serão calculadas sobre o valor do fornecimento ou serviço não realizado.

7) Questionamento:

DA GARANTIA DE EXECUÇÃO

A Cláusula Décima Terceira da Minuta do Contrato e 2.9 do Modelo da Proposta estabelecem a exigência de apresentação de garantia de 5% do valor do contrato, em 30 dias após sua assinatura.

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”.

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 proteger.”

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 aplicada. 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.”



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

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 no percentual exigido não é razoável, razão pela qual se requer a modificação dos itens supracitados, para que a garantia exigida corresponda ao limite máximo de 4% (quatro por cento), bem como, não seja exigida em prazo tão exíguo, mas sim em 60 (sessenta) dias após a celebração do Contrato.

7) Resposta:

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.

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:

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 de serviços 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 contratuais exigidos, estando de acordo com as normas legais.

8) Questionamento:

DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

O item 3.2.5 do ANEXO III do Edital estabelece que:

“3.2.5 – O licitante deverá comprovar que possui Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.”

Como se sabe, a Lei nº 8.666/93 propõe uma série de exigências para a comprovação da qualificação econômico-financeira das empresas licitantes, a saber:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico- financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação. § 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994) (Grifo nosso)

Note-se que o § 2º, deste dispositivo, determina que a Administração poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no seu § 1º do art. 56, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes.

Vejamos. O patrimônio líquido é o valor contábil que representa a diferença entre ativo e passivo no balanço patrimonial de uma empresa. Em síntese, o patrimônio líquido nada mais é do que o valor contábil que sócios e/ou acionistas têm na empresa em um determinado momento, ou seja, é o valor disponível para fazer a sociedade girar. Ele é um indicador da saúde financeira real e atual da empresa.

Já o capital social, do ponto de vista contábil, é parte do patrimônio líquido. Ele representa valores recebidos pela empresa dos sócios, ou por ela gerados e que foram formalmente incorporados ao Capital.

O patrimônio líquido é variável de acordo com o exercício da atividade da empresa. Já o capital social só poderá ser alterado mediante deliberação dos sócios, isto é, independe do exercício da atividade da empresa.

Diante disso, considerando a alternatividade concedida pela lei para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, requer-se a modificação do item em comento, nos termos da fundamentação supra, para que seja possibilitada a comprovação desse requisito através do capital social.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

8) Resposta:

Sobre o assunto, a requerente pede modificação no item 3.2.5 do Anexo III do Edital para que a comprovação de capacidade econômico-financeira seja pelo capital social. Sobre o assunto, a Comissão de Assessoria Contábil e Financeira à Licitação (CACFL) da Procuradoria-Geral de Justiça - MG já foi anteriormente suscitada a se manifestar, oportunidade em que emitiu o seguinte parecer:

“O Patrimônio Público é o resultado da diferença entre os valores do ativo e do passivo de uma entidade. O patrimônio líquido é um dos conceitos mais relevantes do balanço patrimonial de uma empresa. Faz referência às contas que apontam o valor contábil de uma entidade. Para isso, leva em consideração o capital social, os lucros ou prejuízos acumulados, o fluxo de caixa, entre outros, representando a real situação da empresa do ponto de vista econômico-financeiro. O capital social, do ponto de vista contábil, faz parte do patrimônio líquido, representando os valores recebidos pela empresa dos sócios, ou por ela gerados e que foram formalmente incorporados ao Capital. Assim, percebe-se que do ponto de vista contábil o capital social e patrimônio líquido possuem finalidades distintas. Portanto, entendemos que, em contratações públicas, tendo em vista a finalidade desses institutos, o mais adequado é a exigência do patrimônio líquido, que representa a situação real da empresa do ponto de vista econômico e financeiro. Diante do exposto, nos manifestamos pela manutenção do item 3.2.5 do Edital de Licitação relativo ao Pregão Eletrônico nº 011/2019 da forma em que se encontra. 3.2.5 - O licitante deverá comprovar que possui Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.”

9) Questionamento:

EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item 4.2.1 do ANEXO III do Edital e o item 12.1 do termo de referência exigem, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação de atestado de prestação de serviço com declaração de grau de satisfação do cliente.

Porém, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 assim determina:

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

§ 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:

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 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;

(...) § 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.” (grifo nosso)

Dessa forma, a Lei de Licitação não admite em momento algum, a adoção de critérios subjetivos para comprovação da capacidade técnica. O que se exige, é que o atestado evidencie



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

a sua compatibilidade com o serviço ora licitado e não o grau de satisfatoriedade na sua execução.

Ademais, o atestado de capacidade técnica não abrange questões de cunho subjetivo, mas apenas objetivo. Assim, não há uma forma pré-determinada para averiguar este grau de satisfação, o que causa uma total insegurança jurídica ao particular por desconhecer os mecanismos de apuração desta satisfação pelo órgão, ainda mais, considerando que os atestados em regra, não possuem este tipo de informação.

Dai surgem as seguintes dúvidas: como isto será avaliado pelo órgão? Mostra-se legal e legítima esta medida que se pretende adotar, ou seja, possui respaldo na lei? A capacidade técnica poderá ser medida pela satisfação de outro cliente?

Nota-se, por todo o exposto, que não há razões para prosperar esta exigência a qual se mostra totalmente infundada e ilegal, pois intenciona embutir critérios subjetivos em um documento que, pela natureza do que se pretende evidenciar (aptidão técnica), é cabalmente objetivo.

Logo, não há correlação com o grau de satisfação e a comprovação da capacidade técnica de uma empresa em prestar determinado serviço. Afinal de contas, o primeiro abarca questão de cunho eminentemente subjetivo, enquanto a outra, objetivo.

Nesse sentido, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre as exigências de qualificação, estabelece que:

“Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (...)” (grifamos)

Os atos da Administração Pública, para serem válidos, devem respeitar o princípio da razoabilidade, também chamado pela doutrina de Princípio da vedação de excessos.

Ou seja, as exigências perpetradas pela Administração não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

A própria Constituição da República determina que somente devem ser toleradas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Com efeito, a doutrina nacional defende que a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes sem rigorismos inúteis e excessivos, que só fazem afastar licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari:

“A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. ...

Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.”

Como visto, a doutrina é expressa ao exigir cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. Ad argumentadum tantum, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 4.2.1 do ANEXO III do Edital e do item 12.1 do termo de referência, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, seja relacionado a existência de compatibilidade do objeto a ser licitado e não do bom desempenho em sua execução, sob pena de violação ao art. 30, § 1º,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93.

9) Resposta:

Sobre o atestado de capacidade técnica, a requerente aduz, em seu inconformismo, não ser razoável a exigida estabelecida no item 4.2.1 do ANEXO III do Edital e o item 12.1 do termo de referência quanto “à declaração de bom desempenho”.

Entretanto, não se deve interpretar de maneira isolada o que aduz a requerente neste tópico, pois a finalidade do atestado de capacidade técnica é justamente demonstrar que a empresa licitante detentora do documento cumpriu com as suas obrigações contratuais.

Sobre o assunto, segue a exposição clara de Marçal Justen Filho correspondente à qualificação técnica:

No que tange a empresas que tenham tido condutas desabonadoras em execuções de contratos similares, Marçal Justen Filho (2010, p. 462) entende ser possível inabilitá-la desde que o edital preveja a comprovação por parte da licitante de bom desempenho na execução de prestações semelhantes e que haja semelhança entre os objetos. A Administração pode apurar de ofício, mesmo que o interessado apresente outras declarações de atuação satisfatória. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2007, p. 528-529) também concorda com essa concepção. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.)

O objetivo dessa exigência é tão somente identificar se a empresa possui experiência na prestação de serviços do objeto ora licitado.

Portanto, não há que se falar em julgamento subjetivo na avaliação do atestado, ou afronta ao princípio da razoabilidade ou lesão à competitividade do certame, não cabe razão a requerente para correção no edital.

10) Questionamento:

INCLUSÃO DE CLÁUSULA A RESPEITO DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

O referido Edital mostra-se silente quanto a forma que deve ser adotado o pagamento devido à contratante.

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

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

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

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

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

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

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

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

10) Resposta:

Não existe qualquer vedação do órgão quanto ao pagamento mediante autenticação de código de barras, sendo prática presente na relação com os prestadores de serviço, razão pela qual é dispensável a inclusão no edital de cláusula nesse sentido.

11) Questionamento:

INCLUSÃO DE GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Da leitura do Instrumento Convocatório em análise percebe-se que não se dispõem nenhum termo referente ao caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante à contratada.

Dessa forma, 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.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

“(…) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004- Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

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 poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, saliento que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação.

11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...)".(AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a inclusão de cláusula referente ao ressarcimento sobre o 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.

11) Resposta:

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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

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:

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.

12) Questionamento:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

ALUGUEL DO EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA

O OBJETO do Edital descreve que a prestação do serviço compreende o fornecimento de equipamentos em comodato.

Destaca-se que o Comodato possui regulamentação está contida nos artigos 579 a 585 do Código Civil. Sendo este um pacto o bilateral, gratuito, pelo qual o comodante (quem que empresta o objeto) entrega ao comodatário (quem recebe o objeto em comodato) coisa infungível, para ser usada temporariamente e depois restituída.

Destaca-se também que, o comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.

Além disso, pode-se ajustar qualquer prazo de duração para o contrato. Caso não seja determinado o tempo de duração, presume-se que o acordo irá durar pelo período necessário para o uso do bem concedido. Se houver a rescisão antecipada, o prejudicado pode requerer judicialmente o pagamento de perdas e danos, os quais devem ser verificados no caso concreto. Na hipótese de o comodatário não devolver o bem quando do fim do contrato, ele deverá pagar valor correspondente ao aluguel da coisa até a sua efetiva restituição.

Pelo exposto, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais não poderá solicitar desativação de nenhum equipamento de segurança, o que está em contradição com o item 22 - DEVERES DO CONTRATADO E DA CONTRATANTE e seu subitem 22.8 que define que a CONTRATADA deverá:

“22.8. Excluir da cobrança mensal os endereços desativados e/ou suspensos temporariamente, em até 2 (dois) dias úteis após comunicação formal da CONTRATANTE; “

Ainda conforme a definição de comodato, que é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais não pode solicitar a garantia de execução, uma vez que os equipamentos de segurança estão sendo cedidos com empréstimo.

A definição de comodato, o qual define que o comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora. Assim, observa-se que o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, na descrição da MINUTA CONTRATUAL para o certame em questão não observou a obrigatoriedade de conservar o bem da CONTRATADA (comodante), quando definiu em sua MINUTA CONTRATUAL na CLÁUSULA QUINTA – Das Obrigações da Contratada que:

“ I) Ao término do prazo de 4 (quatro) dias úteis para desativação de um acesso, a CONTRATADA deverá retirar seus equipamentos em comodato, em até 15 (quinze) dias úteis, sendo que após esse período, a CONTRATANTE não se responsabilizará pelos mesmos, em caso de perda, extravio, dano ou destruição. “

Desta forma, faz-se necessária que na descrição do OBJETO seja retirada a palavra comodato e substituída por aluguel.

12) Resposta:

Para o objeto do presente certame, o fornecimento dos equipamentos sob comodato é prática usual do mercado, sendo esta, somada a critérios de eficiência e racionalização da prestação do serviço, a razão pela qual a Administração, na esfera do seu poder discricionário, ter optado pelo citado instituto.

Ademais, salientamos que o órgão irá zelar pela integridade dos bens em comodato enquanto detiver a sua posse direta, contudo, havendo a necessidade de desinstalação do equipamento, a fixação de um prazo para a sua retirada é indispensável, considerando não ser possível à Administração guardá-lo indefinidamente.

Portanto, resta mantida a determinação contida no Edital acerca do fornecimento dos equipamentos por meio de comodato.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

13) Questionamento:

TABELA DE PRECIFICAÇÃO

O edital em seus itens 5 - CÓDIGOS DO CATÁLOGO DE MATERIAIS E SERVIÇOS DO SIAD, PREÇO UNITÁRIO E GLOBAL e 8 - TABELAS DE FORMAÇÃO DE PREÇOS, apresentam quantidades diferentes para o item definido como SOLUCAO DE GERENCIAMENTO CENTRALIZADO DOS UTM'S.

No item 5 - CÓDIGOS DO CATÁLOGO DE MATERIAIS E SERVIÇOS DO SIAD, PREÇO UNITÁRIO E GLOBAL a tabela inserida no Edital informa a quantidade de 3 (três) unidades para o serviço SOLUCAO DE GERENCIAMENTO CENTRALIZADO DOS UTM'S e no item 8 - TABELAS DE FORMAÇÃO DE PREÇOS, para este mesmo item é informada a quantidade de 1 (uma) unidade.

| TABELA I - FORMAÇÃO DE PREÇO | | | | | | | |
|------------------------------|------|---|-------------------------------------|-------------------|------------------------|-----------------------------|------------------------------------|
| Item | Qtd. | Serviço | Valor da Instalação por equipamento | Preço Un. Mensal. | Preço Un. Anual (c)x12 | Preço Total Anual (a)x(b+d) | Preço Total 36 meses ((a)x(b+d))x3 |
| 1 | 357 | MANUTENCAO, SUPORTE E ATUALIZACAO PARA SOLUCAO DE FIREWALL COMPOSTA POR APPLIANCE E LICENCA DE SOFTWARE - UTM TIPO I | R\$ - | R\$ - | R\$ - | R\$ - | R\$ - |
| 2 | 18 | MANUTENCAO, SUPORTE E ATUALIZACAO PARA SOLUCAO DE FIREWALL COMPOSTA POR APPLIANCE E LICENCA DE SOFTWARE - UTM TIPO II | R\$ - | R\$ - | R\$ - | R\$ - | R\$ - |
| 3 | 1 | SOLUCAO DE GERENCIAMENTO CENTRALIZADO DOS UTM'S | R\$ - | R\$ - | R\$ - | R\$ - | R\$ - |
| 4 | 1 | SERVICOS GERENCIADOS DE SEGURANCA (MANAGEMENT SECURITY SERVICES - MSS) | R\$ - | R\$ - | R\$ - | R\$ - | R\$ - |
| Total | | | | | | R\$ - | R\$ - |

| ITEM | QUANTIDADE | UNIDADE | DESCRIÇÃO | CÓDIGO SIAD |
|------|------------|---------|---|-------------|
| 1 | 357 | Unidade | MANUTENCAO, SUPORTE E ATUALIZACAO PARA SOLUCAO DE FIREWALL COMPOSTA POR APPLIANCE E LICENCA DE SOFTWARE - UTM TIPO I | 79804 |
| 2 | 18 | Unidade | MANUTENCAO, SUPORTE E ATUALIZACAO PARA SOLUCAO DE FIREWALL COMPOSTA POR APPLIANCE E LICENCA DE SOFTWARE - UTM TIPO II | 79804 |
| 3 | 3 | Unidade | SOLUCAO DE GERENCIAMENTO CENTRALIZADO DOS UTM'S | 97160 |
| 4 | 1 | Unidade | SERVICOS GERENCIADOS DE SEGURANCA (MANAGEMENT SECURITY SERVICES - MSS) | 97179 |

A falta de especificação das características mínimas, definição precisa da quantidade, acarreta em subjetividade no julgamento, o que é defeso pela Lei de Licitações, nos termos do seu artigo 3º caput. e artigo 40, inciso VII .

O art. 14 da Lei n.º 8.666/93 determina, no que interessa a este ponto, que a descrição do objeto pretendido seja adequada, ou seja, conforme o art. 40, inciso I, da mesma norma, deve ser clara e sucinta, capaz de fomentar a competição de diversos interessados.

Neste caso específico, a descrição do objeto licitado não atendeu aos seus objetivos, pois não possibilitou que as licitantes interessadas em participar da competição conhecessem as características mínimas e formulassem corretamente suas ofertas de preços na etapa competitiva do certame.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
DIVISÃO DE LICITAÇÃO

13) Resposta:

A incongruência nas tabelas em relação ao item “Solução de Gerenciamento Centralizado das UTM’s” já foi identificado pela DGCL, sendo este equívoco uma das razões da republicação do Edital. Salientamos que em ambas as tabelas passará a constar a quantidade “1” para o item em questão.

14) Questionamento:

FERRAMENTA DE SERVICE DESK, ITSM

O edital em seus itens 4.1.2 – MONITORAÇÃO e sem seu item 4.1.7 – FERRAMENTA DE SERVICE DESK, a obrigatoriedade da CONTRATADA fornecer uma ferramenta de ITSM e/ou SERVICE DESK, a qual deverá possuir Módulos de incidente/solicitação, requisição de mudança, eventos, problemas, ICs, Contratos, SLAs, Criticidade, Analistas, Base de Conhecimento e Usuários.

Destaca-se que, para que as licitantes tenham insumos suficientes determinar o tamanho da equipe disponibilizada para atender os chamados e atingir o patamar exigido pelo MPMG é fundamental que a mesma disponha de informações quanto a quantidade de chamados esperados para o período, quantidade de licenças necessárias. Enfim, uma base line do comportamento atual da rede para que as proponentes licitantes consigam dimensionar a ferramenta de Service Desk para atender as necessidades da contratante.

14) Resposta:

Conforme informado pelo Setor Técnico, atualmente não há uma base histórica de chamados de incidentes. Ao longo dos últimos 12 meses tivemos 01 troca de release e aproximadamente a substituição de 05 equipamentos por mau funcionamento

Belo Horizonte, 28 de julho de 2020.

Pedro Brito Candido Ferreira
Pregoeiro MPMG