

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

- FEITO:** IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA
- REFERÊNCIA:** EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO Nº 175/2014
- OBJETO:** Contratação de empresa especializada em serviços de rastreamento veicular, abrangendo monitoramento via internet para controle da frota de veículos da Administração Direta e Indireta do Município de Joinville/SC.
- IMPUGNANTE:** OI MÓVEL S.A. – Sociedade Anônima, com sede no Setor Comercial Norte, quadra 03, Bloco A, Ed. Estação Telefônica – térreo – parte 2, Brasília, inscrita no CNPJ sob o nº 05.423.963/0001-11.

I – DAS PRELIMINARES

Trata-se de Impugnação Administrativa interposta pela empresa OI MÓVEL S.A., contra os termos do EDITAL PREGÃO ELETRÔNICO nº 175/2014, do tipo MENOR PREÇO GLOBAL.

II – DA TEMPESTIVIDADE

Verifica-se a tempestividade e a regularidade da presente impugnação, atendendo ao preconizado no art. 41, §2º da Lei de Licitações e no item 12.1 do Edital.

III – DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

Em síntese, a empresa OI MÓVEL S.A., requer a impugnação do Edital, pelas razões abaixo:

Inicialmente afirma que o instrumento convocatório incluiu no item 3.2.4 exigência abusiva ao vedar a participação de empresas cujos diretores, gerentes, sócios e empregados sejam servidores ou dirigentes da Administração Pública Municipal.

Afirma que não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Nesse sentido, garante que tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame.

Prossegue ressaltando que o item 9.2, alíneas “b” e “c” do edital que estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da matriz e da filial, colidem frontalmente com o disposto no artigo 29 da Lei nº 8.666/93.

Afirma ainda, que não há previsão legal para a exigência de apresentação de Termo de Abertura e de Encerramento.

Continua afirmando que o item 9.2, alínea “j” do Edital afronta flagrantemente o artigo 31, §2º da Lei 8.666/93 ao determinar como condição de habilitação a comprovação da capacidade econômico-financeira por via da apresentação de índice de solvência geral ≥ 1 .

Ainda, requer a adequação do item 9.5 do Edital, para que se o licitante responsável pelo contrato for a matriz, todos os documentos

deverão estar em nome da matriz. Devendo, portanto, ter uma alternativa entre um ou outro, podendo a licitante apresentar documentação da sua filial ou da matriz.

Mais à frente, a Impugnante entende ser obrigatória a inclusão de cláusula de reajuste, não sendo uma mera faculdade da Administração.

Requer a alteração do item 16.2 do Edital e do item 4.2 da Minuta do contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e da Legalidade.

Alega que o item 16.5 do Edital e o item 4.5 da Minuta do Contrato não preveem garantia de penalidade por atraso de pagamento. No entanto, existem penalidades excessivas à Contratada, visto que, as multas definidas no item 17.2, I, alíneas "a" e "c" do Edital e o item 11.2, I, alíneas "a e "c" da Minuta do Contrato gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

Defende a exclusão das previsões contidas no item 17.2, II alíneas "d" e "g" e no item 11.2, II alíneas "c" e "f" da Minuta do Contrato, com intuito de cumprir o estatuído no artigo 7º da Lei nº 10.520/02.

Entende que deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao Art. 87 da Lei nº 8.666/93, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, afirma que a retenção do pagamento pela contratante não tem razão de ser.

Solicita a alteração do item 18.4 do Edital, para que fique expressa a vedação à subcontratação total ou parcial de serviços telefônicos, nos termos do Art. 72º da Lei nº 8.666/93. E ainda, a alteração do item 10.3 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.

Encerra sua Impugnação sustentando que os usuários do SMP têm direito a inviolabilidade e sigilo de sua comunicação, devendo, portanto, ser alterado o item 4.12 do Termo de Referência.

IV – DO MÉRITO

Analisando a impugnação interposta pela empresa OI MÓVEL S.A., sob a luz da Legislação aplicável e do Edital, passamos a analisar os argumentos apresentados, isolando os pontos controversos:

1. Exigência Abusiva

A empresa pugna pela exclusão do item 3.2.4 do edital que determina:

“Cujos diretores, gerentes, sócios e empregados sejam servidores ou dirigentes da Administração Pública Municipal.”

Como consabido, tal exigência emana da Resolução nº 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que, em seu artigo 3º é peremptória:

“Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação. (Redação dada pela Resolução nº 9, de 06.12.05)”.

4
H

Logo o item 3.2.4 do Edital questionado foi elaborado de acordo com a legalidade e a moralidade administrativa, pois não se admite em contratações públicas a participação de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Neste sentido as palavras "servidores" e "dirigentes" apresentadas no mencionado item da impugnante deve-se entender em sentido amplo qualquer servidor da Prefeitura Municipal de Joinville.

Tal exigência encontra-se devidamente respaldada pelo artigo 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993:

"Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - [...]

II - [...]

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação."

Frisa-se que o referido item fundamenta-se nos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no caput do artigo 37 da Carta Magna, afastando, desde já eventual balda de ilegalidade da exigência, posto estar expressamente previstos tais princípios, como não poderia deixar de ser, no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, citado pela empresa impugnante.

Não obstante, a lei não deixa margem de discricionariedade à participação de servidor, seja ele sócio minoritário ou majoritário, em licitações da Entidade Contratante, logo não será alterado o item 3.2.4 do Edital.

2. Da Vedação de participação de licitantes em regime de consórcio

A impugnante questiona o item 3.2.5 do Edital sobre a vedação da participação nesta licitação de empresas em regime de consórcio,

alegando a escassez de competitividade no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações, e que essa disposição fulminaria diretamente a competitividade do certame.

Sabe-se que a Corte máxima de contas da União prevê a possibilidade de consórcios participarem em licitação pública, em especial no que tange a contratação de grandes vultos que gerariam maior competitividade e economicidade, no entanto, admitir a participação de consórcios em contratação de pequeno vulto poderia inibir participação de empresas menores restringindo assim a competitividade.

Resta claro que, fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio. Para melhor vislumbrar a situação transcrevem-se trechos de decisão do Tribunal de Contas da União:

[...] No entanto, o caso não me parece requerer a formação de consórcio. Primeiro, porque se a licitação fosse realizada separadamente para fornecimento de serviços de telefonia e de centrais telefônicas, as empresas no mercado teriam, sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação. Segundo, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão.

Na forma como a presente licitação foi configurada, está cristalino que o consórcio limitou a participação de um maior número de empresas no certame, contrapondo-se ao seu objetivo primordial. A propósito, bem ponderou o analista instruinte que essa associação de empresas, no âmbito administrativo, é recomendável, ou até mesmo exigível, em situações em que o objeto a ser contratado apresenta vulto ou complexidade que necessite a união de esforços, quando as empresas, isoladamente, não dispuserem condições para realizar a devida execução. Entretanto, em situações específicas, a formação de consórcio pode ser prejudicial, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a

participação no mercado. (TCU – AC 229549/05-P Min. Relator Benjamin Zymler, Plenário. Julgado em 13/12/05. Publicado em 03/01/06).

No presente caso, não foi admitida a participação de consórcio, visto que a complexidade do objeto e a realidade do mercado afeto à presente licitação não refletem essa necessidade. Entendeu a Administração por expressamente consignar sua vedação, para aclarar uma possível interpretação contrária. Todavia, permanece o entendimento de que não há complexidade na execução do serviço pretendido que justifique a união de uma ou mais empresas.

Posto isso e ressaltado o caráter de discricionariedade da Administração em optar pela não participação de consórcios, reconhecido pelo próprio TCU, permanecerá a vedação impugnada, por privilegiar, e, não prejudicar, como alegado, a ampliação da disputa no âmbito do Pregão Eletrônico 175/2014.

3. Inexistência de aplicação da alternatividade estatuída nos incisos II e III do Art. 29 da Lei de Licitações

Expende a Impugnante, em relação ao art. 29, incisos II e III, que “o dispositivo legal é claro ao determinar que os documentos de habilitação devem ser apresentados em relação ao domicílio ou sede da licitante, portanto há uma alternatividade entre um ou outro, podendo a licitante apresentar documentação da sua filial ou da matriz” e que “quando o edital estabelece a obrigatoriedade da apresentação de documentação da sede do licitante há expressa colisão com o disposto no referido artigo da Lei”.

Primeiramente, insta esclarecer que a Impugnante faz uma interpretação equivocada do item 13 do Acórdão nº 3.056/2008, abaixo transcrito:

M
7
W

“13 - A diferença entre matriz e filial ganha importância quando se refere ao regime tributário, tendo em vista que uma goza de autonomia em relação à outra. Assim sendo, é que se expede uma certidão negativa ou positiva para a matriz e outra para a filial. Nesse sentido, a título de exemplo, a matriz pode apresentar débito e a filial não, e vice-versa. Deste modo, para fins licitatórios, os documentos de habilitação de licitante devem ser apresentados em nome da matriz ou da filial, não sendo permitido apresentar em nome da matriz e parte em nome da filial. (TCU. Acórdão nº 3056/2008 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julgado em 10/12/2008.)”

Pela leitura do item citado, fica claro que o Tribunal de Contas entende não ser admissível a habilitação da licitante mesclando documentos da matriz com documentos da filial.

Para tornar mais evidente, peguemos o exemplo de uma licitante que disputa com a filial, contudo, no momento de habilitar-se, entrega a Certidão Negativa de Débitos Municipal da filial e a Certidão Negativa de Débitos Estadual da Matriz. Nesse sentido, a filial pode apresentar débito perante a Fazenda Estadual e a matriz não, e vice-versa. Esta é a conduta a ser afastada segundo o referido Acórdão.

Sem mais demoras, em relação ao tema, colaciona-se os dizeres de Marçal:

“A solução adotada é a comprovação da regularidade fiscal atinente a uma específica unidade empresarial. O Licitante deverá comprovar a regularidade fiscal relativa ao estabelecimento que executará a prestação contratual.”

Apesar de matriz e filial serem a mesma pessoa jurídica, o mesmo não ocorre para fins tributários. O direito tributário confere tratamento específico aos diferentes estabelecimentos empresariais, considerando cada um deles um domicílio tributário. Nesse sentido é o Código Tributário Nacional:

“Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação

aplicável, considera-se como tal: (...) II – quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento”.

Assim, para fins tributários, podem ser considerados os diversos estabelecimentos para emissão de certidão de regularidade fiscal.

Vencida esta etapa, passamos a descomplicar a interpretação equivocada dos itens 13 e 14 do Acórdão nº 3.056/2008, citados acima confrontando com a exigência editalícia impugnada. Pois, de fato, a pessoa jurídica OI MÓVEL S.A., ora Impugnante é uma só, tanto que o número do seu CNPJ é dividido em duas partes: o número raiz e o número de controle (parte final do CNPJ).

Mas, o fato é que o impugnado item do Edital não faz menção à Matriz e ou Filial. Em outras palavras, o Edital não está exigindo que os licitantes sejam estabelecimentos principais. Isto porque, a expressão utilizada no edital “SEDE” apenas refere-se ao local (município / Estado) em que a empresa encontra-se sediada. Todavia, se o licitante for a matriz da empresa, todos os documentos devem estar em nome da matriz; E, se o licitante for filial, todos os documentos devem estar em nome da filial; e, no caso de filial, observar-se-á que existem documentos específicos que, pela própria natureza, comprovadamente são emitidos somente em nome da matriz.

Portanto, a regra editalícia será mantida, pois a mesma não afasta, tão pouco prejudica a competitividade do certame.

4. Desnecessidade de apresentação dos termos de abertura e de encerramento das sociedades anônimas

Razão também não assiste a Impugnante ao afirmar que para as S/As não há necessidade da apresentação dos termos de abertura e

9



de encerramento, pois, a legislação sobre o assunto é farta, conforme podemos demonstrar:

Sabe-se que o Decreto-Lei n.º 3.708 de 10 de janeiro de 1919, embora não disponha sobre o registro ou autenticação de demonstrações contábeis, estabelece em seu art. 18 que “serão observadas quanto às sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no que não for regulado no estatuto social, e na parte aplicável, as disposições da lei das sociedades anônimas”.

Ora, o que determina a Lei 6.404/76 – conhecida como a Lei das S/A? As seções II a V do Capítulo XV – Exercício e Demonstrações Financeiras, estão expressas as regras aplicadas, no que couber, às empresas constituídas sob a forma de sociedades limitadas.

Esta obrigatoriedade existe desde o ano de 1850, com a promulgação do Código Comercial Brasileiro - Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850, que determina em seu art. 10 (repcionado pela Lei n.º 10.406/2002 – “novo” Código Civil):

“Todos os comerciantes são obrigados a:

1 - a seguir uma ordem uniforme de contabilidade e escrituração, e a ter os livros para esse fim necessários;

2 - a fazer registrar no Registro do Comércio todos os documentos, cujo registro for expressamente exigido por este Código, dentro de 15 (quinze) dias úteis da data dos mesmos documentos (art. 31) se maior ou menor prazo se não achar marcado neste Código, (grifamos e negritamos).

3 - (...);

4 - a formar anualmente um balanço geral do seu ativo e passivo, o qual deverá compreender todos os bens de raiz móveis e semoventes, mercadorias, dinheiro, papéis de crédito e outra qualquer espécie de valores, e bem assim todas as dívidas e obrigações passivas; e será datado e assinado pelo comerciante a quem pertencer”.

É oportuno citar ainda, o art. 11 do mesmo Código Comercial (repcionado pela Lei n.º 10.406/2002 – “novo” Código Civil):

v
10
N

“Os livros que os comerciantes são obrigados a ter indispensavelmente, na conformidade do artigo antecedente, são o Diário e o Copiador de Cartas”, valendo ressaltar que o Decreto-Lei 486/69, art. 11, aboliu o uso obrigatório do copiador de cartas.

Para concluir os esclarecimentos ao Item impugnado, citamos o que preceitua o Decreto-Lei n.º 486, de 03 de março de 1969, em seu art. 5º:

“Sem prejuízo de exigências especiais da lei, é obrigatório o uso de Livro Diário, encadernado com folhas numeradas seguidamente, em que serão lançados, dia a dia, diretamente ou pro reprodução, os atos e operações da atividade mercantil; ou que modifiquem ou possam a vir modificar a situação patrimonial do comerciante;

§ 1º - (...).

§ 2º - **Os livros ou fichas do Diário deverão conter termos de abertura e de encerramento, e ser submetido à autenticação do órgão competente do Registro do Comércio.**

§ 3º - (...).

Tendo em vista que a Lei remete à normatização específica a forma de apresentação do balanço patrimonial, é *mister* observar que, quanto às sociedades anônimas, a publicação na Imprensa Oficial constitui condição de eficácia do balanço, de modo que a Administração poderá exigí-lo devidamente registrado.

No entanto, ainda que a apresentação do balanço ocorresse apenas na forma publicada na Imprensa Oficial, é ato discricionário da Administração Pública exigir que o Balanço devidamente publicado contenha termo de abertura e de encerramento.

Por certo que, numa obra vultosa será exigida a totalidade das condições elencadas no artigo 31 da Lei de Licitações. Só assim, garantir-se-á a execução da obrigação. Senão vejamos:

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

l - 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;"

Dito isso, impende observar que a definição de balanço patrimonial e de demonstrações contábeis decorre, não da lei de licitações e, sim, de outros dispositivos, dentre eles a Lei das Sociedades Anônimas e as disposições do Conselho Federal de Contabilidade.

No mesmo sentido, importa destacar o disposto no artigo 176, §4º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei n.º 6404/76), ao estabelecer que: "As demonstrações serão complementadas por notas explicativas e outros quadros analíticos ou demonstrações contábeis necessários para esclarecimento da situação patrimonial e dos resultados do exercício".

Por tudo o que dita a legislação mencionada, é evidente que o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis, devem apresentar termo de abertura e de encerramento conforme as regras da legislação que regem as normas contábeis.

De todo exposto, depreende-se que, para o preenchimento dos requisitos da Lei de Licitações quanto à capacidade econômico-financeira, é imprescindível, inclusive para as Sociedades Anônimas.

Por fim, como a Lei 8666/93, não impede em momento algum, a exigência do termo de abertura e de encerramento, e, por tratar-se de regra aplicada nas licitações do Município de Joinville, de modo que não comportam alterações.



M

2

5. Da exigência de índices

Quanto a alegação de que a exigência de índices afronta a Lei 8.666/93, em específico, por ter deixado de alternativamente possibilitar a comprovação da qualificação econômico-financeira seja feita também mediante a comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

A alegação é IMPROCEDENTE, pois o edital definiu pela aplicação do Inciso §1º do art. 31 da Lei 8.666/93, ou seja, índices de liquidez e não pela exigência de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, estando tal decisão dentro do âmbito da discricionariedade da administração.

Neste particular, revela destacar que o artigo 31, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93 estabelece unicamente a alternatividade no sentido da impossibilidade de cumulação de requisitos.

Ainda quanto a esse respeito, destaca-se que a Administração Pública dispõe de discricionariedade para eleger, dentre os mecanismos que lhe são legalmente facultados, aqueles que melhor atendam as necessidades da futura contratação que pretende promover.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência a seguinte lição:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. CRITÉRIOS DE SELEÇÃO. ÍNDICE DE ENDIVIDAMENTO E DE LIQUIDEZ. DISCRICIONARIEDADE. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A Administração Pública possui discricionariedade para escolher qual índice de endividamento utilizar para a avaliação da capacidade financeira dos licitantes, porquanto é ela que tem como melhor avaliar quais as garantias são relevantes para o tipo de empreendimento que pretende contratar. (TJPR – 5ª C.Cível – AI 401004-0 – Paranaguá – Rel.: Leonel Cunha – Unânime – J. 14/08/07).

Além disso, insta salientar que os requisitos de qualificação visados pela comprovação de índices de liquidez corrente e geral são diversos

daqueles visados na comprovação de capital social mínimo, sendo aqueles destinados a aferir a solvabilidade da pessoa jurídica analisada e estes destinados a constatar o porte da futura destinatária da contratação.

Ademais, os índices adotados para a comprovação da liquidez geral e corrente encontram-se devidamente justificados pela sua ampla aceitação no setor contábil em razão de sua capacidade de aferição da real condição das empresas honrarem seus compromissos.

6. Exigência de apresentação de documentos da matriz ou da filial

Outra interpretação equivocada dos termos do Edital. Ora, não é possível exigir que a filial apresente em seu nome documento cuja emissão se dá exclusivamente em nome da matriz.

Aliás, este assunto (documentos de Matriz x Filial) restou amplamente esclarecido no tópico de nº 3.

Sobre o tema o Tribunal de Contas da União já se manifestou. Veja-se:

[...]

14. Acrescente-se que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.

15. Destaca-se, ainda, que há certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.

(TCU. Acórdão nº 3056/2008 – Plenário. Min. Rel. Benjamin Zymler. Julgado em 10/12/2008.)

Tal entendimento é corroborado por decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça que já se manifestou da seguinte forma:

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO SOMENTE DA MATRIZ. REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR FILIAL. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 29, II E III, DA LEI DE LICITAÇÕES. MATÉRIA FISCAL. DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 127, II, CTN.

I - Constatado que a filial da empresa ora interessada é que cumprirá o objeto do certame licitatório, é de se exigir a comprovação de sua regularidade fiscal, não bastando somente a da matriz, o que inviabiliza sua contratação pelo Estado. Entendimento do artigo 29, incisos II e III, da Lei de Licitações, uma vez que a questão nele disposta é de natureza fiscal. II – O domicílio tributário das pessoas jurídicas de direito privado, em relação aos atos ou fatos que dão origem à obrigação, é o de cada estabelecimento – artigo 127, II, do Código Tributário Nacional. III – Recurso improvido (REsp 900604 RN 2006/0244780-4).

Com efeito, seguindo o entendimento jurisprudencial do STJ, tanto a matriz quanto a filial podem participar de licitação, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica. Ocorre que, sendo a filial a executora do objeto, sua regularidade fiscal deverá ser comprovada. Deixar de exigir a documentação de regularidade violaria o princípio da isonomia.

Sendo assim, o procedimento adotado é plenamente legal sendo que não se colhe qualquer indício ou indicativo de que tal exigência editalícia tenha tido por escopo limitar a competitividade entre os participantes do certame, mas sim assegurar a devida tutela ao interesse público de que este será prestado e que não corra o menor risco de interrupção ou funcionamento precário em razão de precariedade ou deficiência após a contratação.

7. Reajuste dos preços

Improcedem igualmente os argumentos apresentados. Desta forma, inviável a alteração solicitada.

Consta na Lei Geral de Licitações que a cláusula para reajuste é obrigatória para o contrato administrativo, consoante com o artigo 55, inciso III:

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

I – [...]

II – [...]

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

Consta no Edital de Licitação Pregão Eletrônico nº 175/2014 e no respectivo contrato que havendo prorrogação contratual, que estenda a vigência do contrato por prazo superior a 12 meses poderá ser reajustado pelo IGPM - Índice Geral de Preços do Mercado.

Não há na lei determinação expressa que vincule a Administração a utilizar índices específicos de reajuste, no entanto visando sempre a economicidade faça-se uso daquele mais oportuno e conveniente ao erário público, respeitado sempre o direito do contratado.

Quanto ao reequilíbrio econômico financeiro, o Edital em nenhum momento proíbe sua alegação, decorrendo, como dito pela própria licitante, da Lei 8.666/93. De modo que, se presentes os requisitos legais e comprovada a sua configuração, será reconhecido pela Administração o direito de a licitante fazer jus ao mesmo.

8. Indevida apresentação de certidões de regularidade mensalmente

No âmbito da administração, deve-se observar o que determina a Lei nº. 8.666/93, que exige nas licitações a prova da qualificação dos interessados para contratar com a Administração, constando-se entre tais qualificações a regularidade fiscal:

Art. 29 A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso consistirá em: IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (Redação dada pela lei 8.883, de 08/06/94).

Especificamente quanto à exigência da comprovação da regularidade perante a seguridade social, esta vem prevista na Constituição Federal, que dispõe:

Art. 195. § 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Observa-se a princípio que os dispositivos legais acima norteiam os procedimentos que devem ser adotados na fase preparatória para o contrato, que é a licitação, mais precisamente na fase de habilitação, momento em que a condição de regularidade fiscal do futuro contratado dever ser investigada.

Portanto, formalizado o contrato, a principal obrigação da Administração é a de pagar os preços pactuados pelos serviços prestados, e da parte contratada, a manutenção das condições de habilitação e qualificação existentes no ato da formalização, com o respectivo direito de receber o valor acordado como remuneração pela execução do contrato.

Esta obrigação relativa ao contratado, de manter durante toda a execução do contrato as condições de habilitação exigidas na licitação,^N encontra-se prevista no artigo 55 da Lei 8.666/93:

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

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

Já a prévia verificação da regularidade fiscal do contratado a cada pagamento é uma obrigação inafastável que recai sobre a Administração, sendo este entendimento já pacificado pelo Tribunal de Contas da União, como se vê do julgado abaixo transcrito:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União...9.1.2 abstenha-se de manter vínculo contratual ou de efetuar pagamentos em favor de firma fornecedora sem a verificação prévia de sua regularidade junto à Seguridade Social e ao FGTS, em atenção ao disposto no art. 195, § 3º, da Constituição Federal e ao entendimento firmado pelo TCU na Decisão nº 705/94 – Plenário – Ata nº 54/94” .

“[...] nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior”.

“[...] faça constar dos contratos de execução continuada ou parcelada, plena comprovação de regularidade da contratada com o sistema de Seguridade Social, na forma descrita na alínea anterior, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da CF/88, conforme entendimento firmado pelo TCU, na Decisão Plenária nº 705/94;”

O mesmo Tribunal de Contas da União produziu também entendimento, a partir de exegese do já citado art. 55, inciso XIII da Lei 8.666/93, que é injustificável que depois de celebrado o contrato, o interessado/contratado passe a ficar irregular com a previdência e com o FGTS

dos seus trabalhadores, como por exemplo, sendo devida a retenção do pagamento.¹

Portanto, é dever observar o entendimento jurisprudencial majoritário do controle externo, que tem se manifestado pela comprovação da regularidade fiscal, seja no ato da contratação ou na efetivação dos pagamentos do objeto contratado.

Desta forma, por força dos dispositivos acima transcritos, com o devido respaldo do Tribunal de Contas da União, tem-se como necessária a apresentação das certidões negativas tanto no ato da formalização do instrumento quanto da efetivação do pagamento. Sendo assim, Não há que se falar em alteração do Edital.

9. Garantia de penalidade por atraso de pagamento

Alega a Impugnante que o edital não previu cláusula que dispunha sobre as compensações financeiras (juros) e penalizações por atrasos de pagamento. Totalmente improcedente o referido argumento.

Quanto a multa por atraso de pagamento, a impugnação não procede, tendo em vista que o Edital atende ao disposto no art. 40 da Lei nº 8.666/93. Nesse passo, é de todo oportuno citar o item 16.5 do Edital que determina:

“Em caso de atraso no pagamento será aplicado com o índice de atualização monetária o IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo.”

Nessas circunstâncias, como o Edital e o contrato são elaborados unilateralmente pela Administração - conforme dispõe o art. 40 e

¹ Neste sentido: Acórdãos 593/2005 – Primeira Câmara; 251/2005 – Plenário; 984/2004 – Plenário; 295/2004 – Segunda Câmara; 1.708 – Plenário; 208/2000 – Plenário; 740/2004; e Decisões 407/2002 – 2ª Câmara; 559/2001 – Plenário; 386/2001 – Plenário; 182/1999 – 1ª Câmara; 472/1999.

seus §, da Lei nº 8.666/93 - ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta, não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração.

Nesse sentido o TCU já fixou entendimento por intermédio das Decisões nº 585/94 – Plenário, nº 197/97 – Plenário e nº 454/98, dos quais transcrevo os excertos abaixo:

Decisão nº 585/94 – Plenário

“(...) h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário). (...)”

Decisão nº 197/97 – Plenário

“(...) precaver-se, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, quanto à inclusão ou omissão de cláusulas que levem a situações economicamente lesivas à Administração, tais como a previsão de multas contra a própria Administração que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais. (...)”

Voto do Ministro Relator

*Conforme salientou o Ministério Público, o pagamento de multas contratuais, por atraso em pagamentos, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o ato, despido de amparo legal, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...), resultante do somatório de diversas multas aplicadas na execução do contrato (...). Como destacou o "parquet" especializado, a jurisprudência desta Corte, em situações análogas, acena para a devolução dos recursos indevidamente gastos (...).
Cumprе ressaltar questão referente ao pagamento de multas (subitem 4.6.3, f. 11/12), ocorrido em dois exercícios*

distintos, 1994 e 1995, sem o devido amparo legal e contrariando jurisprudência firmada por este Tribunal (Ata nº 45/90, Anexo XXII, Ata nº 60/90, Anexo VI, Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92-Plenário e Ata nº 44/94, Decisão nº 585/94-Plenário), impondo-se, portanto, a reposição dos valores impropriamente gastos."

Decisão nº 454/98 - Plenário

"(...) b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício nº 412/94, procedente da 8ª SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC nº 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios adotados pela (...), determinou à entidade o seguinte:

b. não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos." (...)"

Destarte, considerando as recomendações do TCU e a previsão no Edital nos casos de atrasos de pagamento, estão mantidos os termos do edital e do consequente contrato.

Por fim, a alegação é improcedente, pois a própria lei já prevê as penalidades do contratante em caso de atrasos em pagamento, logo, não há que se inserir no Edital o que já está disciplinado na lei.

10. Das penalidades excessivas

No que tange a alegação da Impugnante referente à multa excessiva de 15% não procede. Pois, as infrações a que o item se refere incidem sobre a contratação como um todo, quais sejam: desistência de

proposta ou deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, não celebrar contrato, e pela inexecução contratual.

O item deverá permanecer inalterado respeitando-se sempre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não é demais citar que é discricionário da Administração a definição do valor da multa, além disso, o percentual estipulado é inferior ao efetivamente posto como máximo, na jurisprudência e em regulamentação interna de órgãos públicos. Nesse diapasão, definiu o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DE MULTA IMPOSTA POR INEXECUÇÃO TOTAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

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

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

interesse público seria a não aplicação de sanção legal e contratualmente prevista para a hipótese.

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

4. Não merece prosperar a alegada violação do princípio da motivação dos atos administrativos. A decisão que indeferiu a solicitação de dispensa da multa contratual indicou os fundamentos de fato e de direito necessários para a imposição da sanção administrativa. O motivo de direito foi a previsão legal e contratual expressa da multa. O motivo de fato foram a inexecução contratual e a conduta culposa da impetrante.

5. Recurso ordinário desprovido.

(STJ - RMS: 21949 PR 2006/0105194-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010)".

Note-se que os dispositivos vergastados apresentam consonância à legislação de regência, a saber, o art. 87 da Lei nº 8.666/93, verbis:

"Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;"

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

É evidente que tal tratamento não poderia prescindir da observação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. E diante de

sua necessidade e importância, recomenda a aplicação das penalidades previstas, por bastantes razoáveis, devendo-se lembrar, ainda, que é plenamente assegurada à futura contratada, em qualquer hipótese, a ampla defesa.

Assim, entende-se que nada há a prover relativamente a esse questionamento.

11. Da ampliação do disposto no artigo 7º da Lei nº 10.520/02

O Edital de Licitação em seu Item 17 e subitens estabelece que:

17 – DAS SANÇÕES

17.1 – As sanções e penalidades que poderão ser aplicadas ao Proponente/Contratado são as previstas na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, na Lei Municipal nº 4.832, de 22 de setembro de 2003 e alterações posteriores, neste Pregão e no Contrato.

*17.2 – Penalidades que poderão ser cominadas aos Proponentes/Contratados, garantida a prévia defesa no prazo de 05 (cinco) dias úteis: II – Impedimento de licitar e contratar com o Município de Joinville, Administração Direta e Indireta, nas hipóteses abaixo e o descredenciamento do Cadastro Central de Fornecedoros do Município de Joinville e do SICAF, pelo prazo de até 05 (cinco) anos, **sem prejuízo das demais cominações legais e contratuais, de acordo com o art. 7º, da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002.***

Portanto, inexistente a alegada “omissão”, posto que, ao prever penalidades estas poderão se estender à esfera estadual e federal. Isto porque o edital não deixou de citar a existência das demais cominações legais. Por conseguinte, não significa que não será aplicada.

12. Retenção do pagamento pela contratante

A alegação é improcedente, pois a exigência indicada pela Impugnante não se trata de penalidade administrativa como tenta fazer crer.

O contratado, por força do art. 55, XIII da Lei 8.666/93, é obrigado a manter a sua condição de habilitação durante toda a execução contratual, cabendo a Administração a fiscalização do contrato, da manutenção das condições de habilitação e da prestação de serviços, para evitar a responsabilização solidária da Contratante.

Além disso, esta retenção serve para pagamento da multa ou da parcela restante. Isto está previsto no § 3º do artigo 86 da Lei 8666/93, conforme abaixo:

“§ 3º - Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente”

Sendo assim, o item permanecerá sem alterações por força da exigência constante no artigo 36 da Instrução Normativa nº 02/2008.

13. Possibilidade de subcontratação dos serviços

Sabe-se que nos contratos administrativos, como regra, são vedadas ao contratado a cessão ou a transferência a terceiros da execução do objeto contratado. Este transpasse poderá, contudo, ser realizado nos termos do artigo 72 da Lei de Licitações, isto é, desde que nos limites admitidos pela Administração.

Da leitura do inciso VI, do artigo 78, da referida Lei, pode-se concluir que se trata de medida excepcional, somente podendo ser aceita quando admitida no Edital e no contrato.

Neste sentido, o Acórdão do TCU nº 717/2011 – 2ª
Câmara:

De fato, é farta a jurisprudência do TCU no sentido de que, embora a Lei 8.666, de 21/6/1993, permita a subcontratação parcial da obra, serviço ou fornecimento, é imprescindível que essa possibilidade esteja previamente prevista no edital e constante do contrato. É o que se depreende dos arts. 72 e 78, inciso VI, do referido diploma legal.

Presumindo-se que a intenção do Impugnante foi a de asseverar a irrelevância dos serviços definidos no objeto licitado, transferindo-os a uma possível subcontratação, impende esclarecer que o Edital e a Minuta de Contrato são taxativos ao vedar a subcontratação.

Corroborando o discorrido acima, cita-se o Acórdão nº 5.532/2010 - 1ª Câmara do TCU:

“Voto do Ministro Relator

*[...] Sobre esse ponto, entendo, com a devida vênia, que a subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato. **Basta apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos.** Essa é a exegese que faço do art. 72 da Lei 8.666/1993 segundo o qual ‘o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração’. E assim é porque, na maior parte dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração, diante da multiplicidade de circunstâncias que podem surgir na execução do contrato.”*

Assim, não há que se falar em subcontratação de qualquer parcela do objeto licitado, haja vista o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o assunto e a vedação expressa no Contrato.

14. Limitação da responsabilidade da contratada aos danos diretos comprovadamente causados à contratante

Requeru a Impugnante, em suas razões, que o Edital seja modificado para que a Contratada se obrigue apenas aos danos que diretamente tenha dado causa, nos termos do que dispõe o artigo 70, da Lei n.º 8.666/1993.

Dispõe o citado dispositivo legal que

“[...] 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.”

Ora, se a Contratada está obrigada a reparar todos os danos e prejuízos que sejam comprovadamente de sua responsabilidade, isto quer dizer que esta só pode decorrer de atos causados por sua culpa ou dolo e que causem dano ou prejuízo direto à Administração Contratante ou a terceiros. De igual forma, se o dano foi provocado pela conduta do sujeito sem a concorrência de culpa ou dolo, não surge o dever de indenizar.

Assim, depreende-se que as interpretações do dispositivo legal e de cláusula de minuta contratual pela Impugnante estão equivocadas, uma vez que a referida Cláusula reflete o conteúdo do artigo 70, da Lei Geral de Licitações. Ademais, a legislação lhe ampara no que concerne ao direito à ampla defesa e ao contraditório na aplicação de sanções administrativas, assim como, o item 17.2 do Edital e 11.2 do Contrato também lhe garantem tal direito.

15. Confidencialidade das informações trafegadas



Entende-se que, ainda que não conste expressamente no item 4.12 do Termo de Referência que "salvo em caso de quebra de sigilo de telecomunicações determinada por autoridade judiciária"; a Administração Pública observará todas as leis atinentes e indiscutivelmente a Constituição Federal durante todo o procedimento licitatório e contratualidade; vejamos:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Portanto, não assiste razão a Impugnante quanto a este tópico.

V – DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendemos serem infundadas as razões da Impugnante, não havendo necessidade de revisão de cláusulas editalícias, não insurgindo em impedimentos que impeçam a continuidade do Edital nº 175/2014 Pregão Eletrônico.

É sabido que o ato de licitar visa fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes aos seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsequentes com a boa exegese da Lei devem ser arredados. Portanto, não deve haver nas

formalidades nenhum rigorismo e a primeira fase de habilitação deve ser de absoluta singeleza para o procedimento licitatório.

Além disso, cabe referir, que a licitação pública deve oportunizar o amplo acesso e igualdade de condições a todos os licitantes, com especificação habilitarias que possam ser cumpridas por mais de uma empresa, a fim de não ferir o caráter competitivo da licitação.

VI – DA DECISÃO

Por todo o exposto, considerando as fundamentações aqui demonstradas, principalmente, em homenagem aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da moralidade, decide por conhecer da Impugnação, e, no mérito, **INDEFERIR** a peça interposta pela empresa OI MÓVEL S.A.

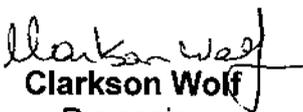
Joinville/SC, 22 de Outubro de 2014.



Miguel Angelo Bertolini
Secretário de Administração e Planejamento



Daniela Civinski Nobre
Diretora Executiva



Clarkson Wolf
Pregoeiro