



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO
DIVISÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

Documento Digital nº 2012/001450-TJ

Processo Administrativo Digital nº 2011/016720-TJ

Requerente: TELEMAR NORTE LESTE S.A.

Objeto: Impugnação ao Edital de Pregão Eletrônico nº 036/2011-TJAM

INFORMAÇÃO Nº 009/2012 - DVCC/TJ

Remete-nos a Comissão Permanente de Licitação do E. Tribunal de Justiça do Amazonas cópia da impugnação aos termos do Edital de Licitação e seus anexos, na modalidade Pregão Eletrônico, sob nº 036/2011-TJAM, para manifestação acerca dos questionamentos suscitados pela empresa licitante TELEMAR NORTE LESTE S.A., notadamente em relação aos itens 4 a 8, 10 e, 12 a 14.

NOTA TÉCNICA

4. Indevidas hipóteses de retenção e sustação do pagamento devido à

Contratada:

Argumenta a Impugnante que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e, que, portanto, sua retenção não possui amparo legal.

Convém destacar que a Administração tem o dever de exigir do Contratado, durante a execução do ajuste pactuado, a manutenção de todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, conforme determina o art. 55 da Lei Federal nº 8.666/93, quando em seu “*caput*” estabelece que tal exigência conste necessariamente em todo contrato.

Não obstante a supramencionada determinação infraconstitucional, prescreve o art. 195, § 3º, da Constituição Federal de 1988 que: “A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público **nem dele receber** benefícios ou **incentivos** fiscais ou **creditícios**.” (grifo nosso)

Tais encargos visam afastar a eventual responsabilização solidaria ou subsidiariamente, conforme o caso, pelos encargos previdenciários e trabalhistas decorrentes da contratação, sob pena de, assim não procedendo, incorrer o Órgão contratante em omissão administrativa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

DIVISÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

Nesse sentido, vem o Colendo Tribunal de Contas União, em reiteradas decisões recentes, demonstrando seu entendimento majoritário sobre o tema, conforme exemplificação abaixo:

[...]

9.1. determinar ao Ministério da Integração Nacional - MI que:

9.1.1. em relação aos contratos de supervisão do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias do Nordeste Setentrional, inclua cláusula nos contratos 34/2007-MI (lote 1), 41/2007-MI (lote 2), 15/2008-MI (lote 3), 14/2008-MI (lote 4), 10/2008-MI (lote 5), 11/2008-MI (lote 6), 12/2008-MI (lote 7), 35/2007-MI (lote 8), 36/2007-MI (lote 9), 46/2007-MI (lote 10), 13/2008-MI (lote 11), 16/2008-MI (lote 12), 40/2007-MI (lote 13), 19/2008-MI (lote 14), decorrentes do edital 01/2005, que:

9.1.1.1. **limite o pagamento dos serviços contratados à apresentação de documento comprobatório do recolhimento mensal do INSS e do FGTS, a cargo das empresas contratadas,** gerado pelo SEFIP - Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP; Guia de Recolhimento do FGTS - GRF ou documento equivalente), de acordo com a legislação e os padrões estabelecidos pela Previdência Social e pela Caixa Econômica Federal; [...].Acórdão 446/2011 – Plenário TCU, Sessão: 23/02/11, Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR. (grifo nosso)

[...]

9.8. determinar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT (sede) que:

9.9. determinar à Diretoria Regional da ECT no Rio Grande do Sul que:

9.9.16. adote providências com vistas a **excluir das minutas dos contratos anexos aos editais de licitação a previsão de que a "não apresentação das Certidões Negativas de Débitos com o INSS, FGTS e Fazenda Federal não acarretará a retenção do pagamento", haja que tal dispositivo contraria frontalmente as disposições estabelecidas no art.195, § 3º da CF, consoante entendimento**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

DIVISÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

firmado pela **Decisão nº 705/1994 - TCU- Plenário**; [...] Acórdão 2219/2010 – Plenário TCU, Sessão: 01/09/10, Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO. (grifo nosso)

[...]

9.4. determinar ao Ministério da Integração Nacional que , no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência desta deliberação, promova alterações do Contrato nº 34/2009-MI, bem como inclua naquele que o suceder, se for o caso, de forma a: [...]

9.4.3. condicionar o pagamento dos serviços contratados à apresentação de documento comprobatório do recolhimento mensal do INSS e do FGTS a cargo da empresa contratada, gerado pelo SEFIP - Sistema Empresa de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP; Guia de Recolhimento do FGTS - GRF ou documento equivalente), de acordo com a legislação e os padrões estabelecidos pela Previdência Social e pela Caixa Econômica Federal;

[VOTO]

25. Além disso, a deficiência nos controles para comprovar o recolhimento mensal do INSS e do FGTS, faz surgir a possibilidade de responsabilização solidária da Administração pelos encargos previdenciários resultantes da execução contratual, como estabelece o §2º, do art. 7º, da Lei nº 8.666/93, bem como de responsabilidade subsidiária quanto aos encargos trabalhistas, no caso o FGTS, conforme jurisprudência firmada no Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula nº 331. Acórdão 1009/2011 – Plenário, Sessão: 20/04/11, Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR. (grifo nosso)

Destarte, o descumprimento pela empresa Contratada ao art. 55, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/93, além de configurar-se como inexecução da obrigação assumida, ensejadora da aplicação de penalidades, em regular processo administrativo, garantida a ampla defesa, também poderá acarretar a retenção de pagamentos por serviços prestados, com supedâneo no dever que incumbe à Administração de acompanhar e fiscalizar a fiel execução dos contratos, sob pena de incorrer em omissão ao poder-dever que regem os princípios norteadores da Administração Pública.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

DIVISÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

Diante do exposto, manifestamo-nos desfavoravelmente ao acatamento do requerido por ausência de fundamento que sustente o alegado.

5. Pagamento em caso de recusa do documento fiscal:

Requer a Impugnante a adequação do item 24.6 do Edital de Licitação e do item 11.6 da Cláusula Décima Primeira da Minuta de Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

Da Minuta de Contrato, anexa ao Edital de Licitação, extrai-se do seu subitem 11.4 a exigência de apresentação pela Contratada de Nota Fiscal/Fatura de uma só vez, ou seja, a cobrança pelos serviços prestados deverá ser única para cada mês de competência, de modo a facilitar e agilizar os procedimentos de liquidação da despesa, execução contratual, pagamento e contabilização da mesma.

Diante disso, não assiste razão ao questionamento formulado pela Impugnante, pois, ao contrário do afirmado, a Minuta de Contrato se conforma na sua integralidade aos regramentos previstos na Lei Federal nº 8.666/93, bem como às exigências operacionais da Contratante, razão pela qual nos manifestamos desfavoravelmente ao acatamento do requerido.

6. Limites à responsabilidade da Contratada pelos danos causados à

Administração:

A Licitante requer que seja alterada a alínea “d” do item 22.2 do Edital de Licitação, bem como a alínea “e” da Cláusula Sétima da Minuta de Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa.

Acolhido parcialmente o pedido para adequar a referida alínea ao que preceitua o art. 70, da Lei Federal nº 8.666/93, conforme segue.

*“e) Responsabilizar-se pelos danos causados à Administração ou a terceiros, decorrente de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou acompanhamento levado a efeito pelo **CONTRATANTE;**”*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

DIVISÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

7. Prazo para a entrega das notas fiscais:

A Licitante requer que seja alterado o item 24.1 do Edital de Licitação, bem como o item 11.1 da Cláusula Décima Primeira da Minuta de Contrato, a fim de constar o prazo de 05 (cinco) dias, antes do vencimento, para a entrega de faturas.

Insta salientar que, a própria empresa impugnante transcreve dispositivo regulamentar no qual a **Agência Reguladora estabelece às concessionárias de Serviço Telefônico Fixo Comutado** que a entrega de documento de cobrança ao assinante deve ocorrer **pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento**.

Em que pese tal regulamentação **aplicável às concessionárias** de telefonia e não aos assinantes, esta E. Corte, em cumprimento aos ditames legais, preliminares a liquidação de qualquer despesa pública, necessita de um prazo mínimo para dar cumprimento aos tramites administrativos internos até o respectivo pagamento da despesa.

Por via de consequência, fora estabelecido o prazo razoável de 10 (dez) dias úteis, contados do recebimento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços, compreendida nesse período a fase de ateste da mesma, lapso temporal comumente utilizado por E. Corte para todos os contratos administrativos com esta celebrados.

Assim sendo, cabe a empresa licitante, preliminarmente inteirada do regramento para liquidação dos serviços prestados ao Poder Público Contratante, envidar os esforços necessários ao cumprimento de tal exigência, sem prejuízo da possibilidade de utilização de ferramentas, através da rede mundial de computadores, para abreviação e antecipação dos eventuais atrasos de entrega de correspondências a cargo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT.

8. Base de cálculo da multa em caso de inexecução parcial do contrato:

Requer a Impugnante a adequação da alínea "b" do item 26.5 do Edital e da alínea "b" da Cláusula Décima Sétima da Minuta de Contrato, de modo que o percentual da penalidade de multa, em caso de inadimplência parcial, incida apenas sobre a parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do Contrato, sob pena de, assim não fazendo o Órgão contratante, incorrer em afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Sobre a controvérsia suscitada em relação à Minuta de Contrato, compete-nos preliminarmente asseverar que as multas consignadas possuem razoáveis percentuais de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

DIVISÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

incidência sobre o valor a ser adjudicado globalmente, na medida em que não extrapolam o limite estipulado pelo Decreto nº 22.626/33, de 07/04/1933, revogado pelo Decreto de 29 de novembro de 1991.

Nesse contexto, convém ressaltar que não se tratam de valores excessivos, desproporcionais ou desarrazoados, como assevera a Impugnante, mas sim, mecanismo legítimo de que dispõe a Administração para promover coercitivamente a boa execução contratual. E isso é possível em virtude da existência de regime jurídico sancionador próprio, bem como da prerrogativa adstrita à Administração Pública de fazer constar em seus ajustes as cláusulas exorbitantes, decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sendo, portanto, legítima sua estipulação.

Insta registrar que, deve ficar evidente que a reprovabilidade das condutas da Contratada devem ser motivadas de forma inconteste, bem como ficar caracterizado os efeitos danosos gerados pelas circunstâncias fáticas, as quais redundarão na aplicação da infração. Assim, a aplicação de penalidades pressupõe o acúmulo de provas e argumentos para demonstrar determinada proposição, de modo que os termos da Minuta de Contrato estão em consonância com o que dispõe o art. 86, § 3º e art. 87, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93, observados os princípios da legalidade, especificação, proporcionalidade, razoabilidade e da culpabilidade.

Não há, portanto, qualquer contrariedade à norma legal, tanto que a Lei nº 8666/93 prevê em seus artigos 86, § 3º e 87, § 1º que se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será **descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração** ou cobrada judicialmente.

De modo que, no cotejo dos percentuais estipulados, base de cálculo e infração eventualmente perpetrada pela empresa Contratada, não há que se falar em estipulação de multa com dimensionamento exagerado e intensidade que violem a juridicidade das sanções administrativas e a essência da boa-fé objetiva, mas, tão somente, o interesse público visado em toda e qualquer ação estatal, razão pela qual nos manifestamos desfavoravelmente ao acatamento do requerido.

10. Confidencialidade das informações trafegadas:

Desta feita, requer a Impugnante a alteração das alíneas “l” e “m” da Cláusula Sétima da Minuta de Contrato de modo que a Contratada garanta a inviolabilidade e o segredo das comunicações da Contrate.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

DIVISÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

Constata-se das razões interpostas pela Licitante um enleamento dos dispositivos legais na tentativa de fundir institutos diversos, uma vez que as alterações requeridas nada tem haver com a regulamentação colacionada para fundamentar tal pedido, demonstrando, tão somente, o caráter procrastinatório do certame em tela, razão pela qual nos manifestamos desfavoravelmente ao pleito, mantendo integralmente a redação das alíneas impugnadas.

12. Impossibilidade de subcontratação de serviços telefônicos:

Requer a Impugnante a alteração da alínea “s” da Cláusula Sétima, bem como a alteração do item 18.1 da Cláusula Décima Oitava, ambos da Minuta de Contrato, de modo a vedar, expressamente, a subcontratação de serviço ou atividade fim pela Contratada.

Da leitura da alínea e Cláusula impugnadas, extrai-se, como regra geral, a vedação requerida pela Impugnante. No entanto, é recomendável à Administração que permita, a juízo da conveniência e oportunidade, a possibilidade de subcontratar-se serviços que, justificadamente, não tragam prejuízo a boa execução do Contrato, desde que previamente autorizado pela Contratante, mediante justificativa circunstanciada da Contratada em documento contemporâneo à subcontratação, não se excluindo ou reduzindo a responsabilidade desta em razão da fiscalização ou do acompanhamento realizado pela Contratante.

Diante do exposto, não assiste razão a alteração requerida no item 12, pois, ao contrário do afirmado, a Minuta de Contrato se conforma ao regramento previsto no art. 72 da Lei Federal nº 8.666/93, razão pela qual mantemos a integralidade da redação consignada na alínea impugnada.

13. Garantias à Contratada em caso de inadimplência da Contratante:

Convém ressaltar que, a Administração Pública, em razão de sua posição de curadora do patrimônio público e dos diversos interesses coletivos que coordena, sujeita-se a regramento próprio e diverso daquele que rege as atividades dos particulares.

Assim, os eventuais atrasos perpetrados por esta subordinam-se às consequências previstas na Lei Federal nº 8.666/93, razão pela qual não assiste razão aos questionamentos formulados pela Impugnante atinentes a ausência de incidência de juros de mora e possibilidade de aplicação de multa em caso de inadimplência da Contratante, pois, ao contrário do



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS
SECRETARIA GERAL DE ADMINISTRAÇÃO

DIVISÃO DE CONTRATOS E CONVÊNIOS

afirmado, a Minuta de Contrato coaduna-se à exigência imposta pelo art. 40, inciso XIV, alínea “c” da Lei Federal nº 8.666/93.

Por oportuno, consignamos que o critério adotado por esta E. Corte para atualização monetária de valores devidos a serviços prestados e, eventualmente, pagos em atraso, sem que para isso tenha concorrido a empresa Contratada, guarda estrita observância ao que é praticado pelo Conselho Nacional de Justiça, Órgão cuja Constituição da República lhe confere o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário Nacional, ao qual esta E. Corte está sujeita para efeitos de fiscalização, nos termos do art. 103-B, § 4º, da CF/88.

14. Necessidade de previsão do reajuste dos preços e das tarifas:

Importa observar que, o Índice de Serviços de Telecomunicações (IST) é composto por uma combinação de outros índices existentes na economia com o objetivo de atualizar valores associados à prestação dos serviços de telecomunicações, **especialmente tarifas de telefonia pública (Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC e suas modalidades (local, LDN e LDI), bem como Serviço Móvel Pessoal – SMP)**, refletindo da melhor forma possível as reais variações de despesas das prestadoras.

Outrossim, da Resolução ANATEL nº 420, de 25/11/2005, revisada pela Resolução ANATEL nº 532, de 03/08/2009, não se extrai qualquer indicativo de submissão do serviço, objeto do certame em comento, a reajuste mediante aplicação do IST, sendo o IGP-DI/FGV, inclusive, um dos componentes da cesta de índices públicos da economia brasileira formadores do IST.

Diante do exposto, manifestamo-nos pela manutenção da integralidade da Cláusula Nona da Minuta de Contrato, momento em que submetemos as ponderações aqui declinadas à apreciação da Pregoeira, acompanhada da respectiva Minuta de Contrato.

Manaus/AM, 06 de fevereiro de 2012.

Chrystiano Lima e Silva
Diretor de Contratos e Convênios