



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

PARECER: 456/2020/AG/ALE/RO

PROCESSO ADMINISTRATIVO FÍSICO Nº.: 006860/2020-15

PROCESSO ELETRÔNICO Nº.: 211/2020-e

PREGÃO ELETRÔNICO Nº.: 055/2020/CPP/ALE/RO

Ementa: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Pregão Eletrônico. Impugnação da empresa OI SA. Requisitos Edital. Procedência parcial.

1. DO RELATÓRIO

Os autos aportaram nesta Advocacia-Geral, encaminhado pela Superintendência de Licitações e Contratos, para análise e emissão de parecer técnico concernente à impugnação ao Edital realizada pela empresa OI S/A perante o pregão eletrônico nº. 055/2020/CPP/ALE/RO.

Trata-se de Pregão Eletrônico que tem por objeto a “CONTRATAÇÃO DE EMPRESA OU CONSÓRCIO DE EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES ESPECIALIZADAS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO DEDICADA PARA ACESSO À REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES – INTERNET – NA MODALIDADE TERRESTRE SUPORTANDO APLICAÇÕES TCP/IP, JUNTAMENTE COM GERENCIAMENTO PRO-ACTIVO DE LINK E GESTÃO DE SEGURANÇA, pelo prazo de 12 meses, podendo, a critério da contratante, ser prorrogado até o limite de 48 (quarenta e oito) meses, a pedido da Secretaria de Tecnologia da Informação -STI, para atender as necessidades da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia –ALE, conforme descrição detalhada no Termo de Referência-TR -Anexo I deste Edital”.

O certame que tinha previsão de abertura para o 25 de novembro de 2020, foi acertadamente suspenso pelo Pregoeiro e a impugnação remetida aos departamentos competentes como forma de melhor digressão da matéria.

Tendo-se em vista a impugnação proposta no prazo regulamentar, a parte interessada ventila pontos de adequação no sentido de promover os aperfeiçoamentos do Edital e viabilizar uma melhor competição para aquisição da proposta mais vantajosa para esta Casa de Leis. Com isso, lastreia suas razões em 7 (sete) itens, com pleito de adequação, a saber:

- (1) impedimento à participação de empresas suspensas com a Administração Pública em Geral;
- (2) pagamento via nota fiscal com código de barras;
- (3) penalidade excessiva: item 13.1, alínea “a” do termo de referência, considerando a inexecução total do contrato;
- (4) penalidade excessiva: item 13.1, alínea “b” do termo de referência, considerando a base de cálculo da multa em caso de inexecução parcial do contrato;
- (5) reajuste de preços;
- (6) valor da garantia; e
- (7) exigência excessiva: declaração e cláusula de rescisão motivada por vínculo familiar com representantes da ALE/RO.



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

Em breve síntese da demanda que compete a relatar.

Feitos os esclarecimentos, promove-se os devidos esclarecimentos por tópicos para melhor enfrentamento da matéria.

2. **DA FUNDAMENTAÇÃO**

2.1 - DO ITEM (1): IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL.

Em suas razões, a ora impugnante alega que “o item 5.1, alínea “e” do Edital veda a participação de empresas que estejam punidas com suspensão do direito de contratar ou licitar com a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal”. Com isso, faz um apanhado geral sobre o entendimento relacionado ao tema no âmbito doutrinário e na Corte de Contas Federal (TCU) para sustentar o seu posicionamento que consiste na aplicação reduzida dos efeitos da suspensão temporária com reflexo apenas no âmbito do órgão sancionador.

Dessa forma, promove a impugnação objetivando ter o pedido de alteração atendido pela ALE/RO, com a consequente retificação do edital nessa parte.

Para tanto, é imperioso trazer à baila o item supramencionado no Edital nº. 055/2020/PPP/ALE/RO: item 5.1, alínea “e” do Edital.

5.1 -Estarão impedidos de participar de qualquer fase do processo licitatório, interessados que se enquadrem em uma ou mais das situações a seguir:

[...]

e) Empresa punida com suspensão temporária do direito de licitar e contratar, por órgão da Administração Pública Direta ou Indireta, nas esferas Federal, Estadual ou Municipal, desde que o Ato tenha sido publicado na imprensa oficial ou registrado no SICAF, conforme o caso, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição;

Cediço que em se tratando de procedimento licitatório, a Administração Pública deve promover todos os atos necessários para assegurar que as empresas privadas interessadas no certame disponham de condições para cumprir com o seu mister no contrato público, que é levar serviços de qualidade a população e praticar o preço justo.

O histórico da prestação de serviços de uma empresa privada é um dos fatores que deve ser considerado em uma licitação pública, visto que o ato convocatório deve contemplar os requisitos de participação das empresas interessadas como mecanismo de contribuição para suprir as necessidades da Administração Pública no certame.

Nesse sentido, ao nosso sentir, qualquer ato de suspensão temporária aplicado no âmbito da Administração de qualquer dos entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) denota o descumprimento de obrigações resultantes da execução do contrato administrativo. Destaca-se que não se trata de falhas corriqueiras ou de menor importância. A reprimenda de suspensão temporária faz



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

presumir que a empresa adotou determinado descumprimento contratual de natureza média, grave ou ação negativa reiterada – o que por si só já aponta para a justificativa da medida sancionadora.

O posicionamento consagrado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) é no sentido de conferir a ampliação da reprimenda sancionatória (suspensão temporária) para toda a Administração Pública – senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013).

3. Agravo desprovido.

(AgInt no REsp 1382362/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 31/03/2017) – (grifou-se)

Confira-se ainda os seguintes julgados: RMS 32.628/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 14/9/2011, e REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 294; REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003, p. 208.

Não é de desconhecimento desta Advocacia Geral a divergência de entendimento existente na aplicabilidade do instituto da suspensão temporária entre os órgãos de Controle e o Poder Judiciário, bem como a extensão de seus efeitos nas licitações públicas.

Cumpra registrar que o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO) possui consolidado entendimento quanto à extensão dos efeitos da sanção de suspensão delineada na Lei de Licitações; inclusive, a Assessoria Jurídica daquele Tribunal, a exemplo, exarou entendimento contemplando as respectivas fundamentações no Parecer nº 210/15-ASSEJUR/GP/TCE-RO, delineado nos autos do Processo nº 1.583/20143.¹

Confere-se as linhas adotadas no parecer supramencionado, senão vejamos:

[...]

¹ Podendo ser consultado no sítio eletrônico: (https://www.tce.ro.gov.br/arquivos/licitacao/arquivos/Arquivo_CONCO_12019_16-04-19100510Decis.pdf)



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

A despeito disso, parece-me mais acertada a interpretação conferida pelo STJ -e, no mesmo passo, pelo TJ/RO, uma vez que não se revela coerente que uma empresa possa ser tida como suspeita ou inidônea para contratar com um ente ou órgão público e não o seja para com os demais. Se um particular é inidôneo para contratar com uma entidade administrativa, sê-lo-á também para contratar com qualquer outra. Sob um prisma sistêmico, Marçal Justen Filho preleciona que nenhum órgão da Administração Pública poderia contratar com aquele que teve seu direito de licitar suspenso, porque, se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. A inidoneidade consiste na ausência dos requisitos de confiabilidade e capacitação, em sentido largo, para executar contrato administrativo; não se pode supor que um sujeito seja inidôneo apenas para contratar com uma determinada entidade administrativa –e, sublinhe-se, o licitante já fora também punido pela Justiça Eleitoral, pela Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária e pela Universidade Federal de São Carlos.

De resto, faz-se mister apontar que, sob o manto do processo n. 296/2015, discute-se na seara desta Corte a amplitude da penalidade em pauta, mas ainda não houve decisão. À vista disso tudo, reputo razoável conferir ao art. 87, III, da Lei Federal n. 8.666/93 a interpretação que fora divisada pelo STJ, que fora criado pela Constituição da República de 1988 e é Corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, seguindo os princípios constitucionais e a garantia e defesa do Estado de Direito, de acordo com o qual a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração irradia efeito para além do órgão e do ente federativo da qual irrompeu, ou seja, abarca todas as entidades da federação.
[...]

Diante das várias discussões sobre a presente matéria, defende-se a aplicação do princípio da vinculação ao edital de licitação como mecanismo de solução. De modo a preservar a autonomia e a motivação das decisões de cada Órgão Público a despeito de seus posicionamentos quanto à matéria, até que a própria Lei a torne por incontroversa.

E sob essa ótica, não há o que se falar em alterações edilícias nessa parte por força da vinculação ao instrumento convocatório, como forma de contratar empresas idôneas e que disponham de condições técnicas e estruturais em consonância com as modernas linhas de prestação de serviços públicos atreladas a linha de governança (plano de conformidade e integridade) na execução dos contratos sob sua responsabilidade.

De sorte que, salvo melhor juízo, não assiste razão a impugnante nesta parte.

2.2 - DO ITEM (2): PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS.



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

A empresa impugnante traz em suas razões o questionamento quanto ao item 15.1.2 do Edital que não prevê a possibilidade de pagamento através de fatura com código de barras. Além disso, aponta a divergência existente contida na cláusula vigésima quinta do instrumento contratual.

Como forma diretriz, colacionam-se os dispositivos questionados:

15.1.2 A nota fiscal deverá ser entregue na sede do CONTRATANTE, aos cuidados do Departamento de Almoxarifado e Patrimônio;

[...]

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA – Os pagamentos serão efetuados mensalmente, após o recebimento da nota fiscal/fatura constando uma única fatura mensal do total gasto com os serviços contratados, acompanhados, de relação em ordem crescente numérica dos números dos acessos, com a utilização de serviços e valor de cada link, mediante autenticação de código de barras, na data de vencimento, e após a atestação pelo Gestor do Contrato, da Fatura/NotaFiscal, aplicadas as retenções legais.

Dessa forma, sugestiona alteração no edital para adequar a sua forma de atuação lastreada nas práticas da atividade do setor de telecomunicações.

Em que pese o brilhantismo defendido em sua tese para acomodar as modificações relacionadas à sua atividade, registre-se que o pleito não deve ser atendido por absoluta incompatibilidade com os mecanismos internos desta Casa de Leis, em especial, ao disposto na Resolução nº. 395/2018, que estabelece regras de acomodação da despesa mediante critérios de verificação, aceite e equalização da ordem cronológica de pagamento.

Eis a razão da forma de acomodação da despesa e pagamentos seguirem as diretrizes do ato convocatório (EDITAL), de forma evidenciar os critérios de participação no certame. As empresas interessadas no certame, caso não disponham desse mecanismo, deverão se adequar para seguir as linhas definidas no Edital e ato convocatório, e não o contrário, *data venia*.

2.3 - DOS ITENS: (3) – PENALIDADE EXCESSIVA: ITEM 13.1, ALÍNEA “A” DO TERMO DE REFERÊNCIA, CONSIDERANDO A INEXECUÇÃO TOTAL DO CONTRATO; (4) PENALIDADE EXCESSIVA: ITEM 13.1, ALÍNEA “B” DO TERMO DE REFERÊNCIA, CONSIDERANDO A BASE DE CÁLCULO DA MULTA EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO; (6) - VALOR DA GARANTIA; E (7) - EXIGÊNCIA EXCESSIVA.

Por se tratar de tópicos que têm relação de natureza comum – preponderância do interesse da Casa de Leis com regulação específica -, registrem-se que serão tratados em tópico único para fins de materialização das razões que seguem abaixo descritas:

2.3.1 : (3) - PENALIDADES EXCESSIVAS: inadimplemento total e parcial das obrigações do contrato, itens (3) 13.1, ALÍNEA “a” e (4) “b” do termo de referência.



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

A empresa impugnante sustenta que os percentuais adotados por esta Casa de Leis, para fins de aplicação de multas por descumprimento total e parcial das obrigações, se encontram excessivos e desproporcionais.

No que tange aos itens 13.1, III, alínea “a” do Termo de referência, pede-se vênua para transcrever o trecho da impugnação que esclarece o pleito da empresa ora impugnante:

“O item 13.1 , III, alínea “a” do Termo de Referência 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. (pg. 6 da impugnação) – (sic)

Conforme o edital, no item supramencionado, fica estabelecido a multa contratual no aporte de 20% (vinte por cento) em caso de inadimplemento absoluto do contrato – senão vejamos.

13.1 - A contratada que, sem justa causa, não cumprir as obrigações assumidas ou infringir os preceitos legais (ressalvados os casos fortuitos ou de força maior, devidamente justificados e comprovados), aplica-se as seguintes penalidades, conforme a natureza e gravidade da falta cometida e sem prejuízo de outras sanções pertinentes à espécie (prescritas pelas Leis Federais n° 8.666/93 e 10.520/02).

[...]

III - Multa contratual, por inadimplemento absoluto das obrigações, nos seguintes percentuais:

- a) Pelo descumprimento total, 20% sobre o valor contratado

Em que pesem os argumentos dispendidos pela empresa impugnante, é forçoso o registro de que estamos diante de cláusulas contratuais inerentes à Administração Pública, típicas do contrato administrativo, onde prevalece a supremacia do interesse público em detrimento do particular.

Eis a razão do procedimento licitatório ser público, com amplo acesso aos termos que serão exigidos na pactuação.

Não é demais ressaltar que, salvo exceções específicas, prevalece a máxima da não interrupção dos serviços públicos e a responsabilidade da empresa prestadora dos serviços no curso do contrato entabulado com a Administração Pública. Inclusive, colhe-se o recente posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a matéria – abaixo transcrito.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO AOS MÉDICOS RESIDENTES VINCULADOS À REDE PÚBLICA DO DF. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA CONTRATADA. ILEGITIMIDADE ATIVA DE ASSOCIAÇÃO.



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

SÚMULA 7/STJ. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública interposta contra o Distrito Federal e contra a ora agravante, objetivando: a) "a tutela reparatória, decorrente da interrupção, por parte dos réus, do fornecimento de refeições para todos os médicos residentes vinculados à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, a partir de 5 de dezembro de 2014; ii) uma tutela inibitória, que evite a continuação e a repetição do ilícito, obrigando-se os réus a se absterem de interromper novamente o fornecimento de refeições aos médicos residentes vinculados à Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal". A sentença de provimento foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

[...]

7. Ademais, consoante o art. 78, XV, a Lei 8.666/1993, apenas o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos pela Administração seria apto a permitir a suspensão do cumprimento do contrato pelo particular, tendo em vista que a exceção de contrato não cumprido, em tal situação, deve respeitar o referido período de tempo estipulado em lei, considerando a necessidade de se garantir a continuidade do serviço público. Para atrasos inferiores, eventuais antecipações de despesas deveriam ser efetuadas e posteriormente compensadas de acordo com as cláusulas contratuais.

8. Ressalte-se que a existência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos decorre da supremacia do interesse público sobre o privado e é apta a colocar o Estado em posição de superioridade, tudo isso em consonância com a lei.

9. Nos termos do art. 70 da Lei 8.666/1993, o contratado é responsável pelos danos causados à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato.

10. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1843163/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJE 16/06/2020) – (Grifou-se)

No que tange aos itens 13.1, III, alínea “b” do Termo de referência, uma vez mais, pede-se *venia* para transcrever os trechos da impugnação onde constam as fundamentações que dão suporte ao pedido de alteração:

“O item 13.1, III, alínea “b” do Termo de Referência 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.



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

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**”. (pg. 9 da impugnação) - (sic)

Nesta senda, infere-se que melhor sorte não assiste à ora impugnante.

Isto porque, o percentual aplicado para a composição das multas contratuais, seja pelo descumprimento total ou parcial das obrigações, encontra-se inferior ao praticado por outros órgãos públicos em nível nacional e sua base de cálculo é o valor delineado na totalidade do contrato. Como forma de melhor ilustrar, a título de exemplo, chama a atenção os termos aplicados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) que fixa o percentual de até 30% (trinta por cento) sobre o valor do contrato para os casos de inadimplemento parcial ou total².

Conforme delineado no item supramencionado, que é parte integrante desse tópico, esta Casa de Leis sempre se vale dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade em seus certames como forma de assegurar uma contratação equilibrada, mediante cláusulas que assegurem a continuidade da prestação de serviços, bem como a ampliação do número de concorrentes no respectivo certame. Sob esse aspecto, salvo melhor juízo, entende-se que os percentuais erigidos para fins de efeitos sancionatórios estão devidamente adequados ao objeto do presente certame, bem como às normas de regência, não carecendo, pois, de reparos.

2.3.2 - Valor da garantia prevista no termo de referência.

Vindica pela modificação do percentual atribuído à garantia, no aporte de 5% (cinco por cento) do contrato, por entender que não se coaduna com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Em linhas, fundamenta seu pleito sob os seguintes prismas:

O item 17.1 do Termo de Referência estipula que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato.

Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.

Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

[...]

Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a modificação do item 17.1 do Termo de Referência, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento).

² Vide os certames lançados pelo TCU, no sítio eletrônico (<https://portal.tcu.gov.br/licitacoes-e-contratos-do-tcu/licitacoes/>), em especial: ([Edital PE 32-2018.pdf](#))



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

De forma regular, a fixação da cláusula de garantia visa assegurar uma espécie de caução para salvaguardar a efetividade da prestação de serviços no contrato entabulado. Devendo, com isso, guardar adequação com o regramento legal.

Nesta senda, eis a base normativa que legitima o percentual a ser delineado no certame – art. 56 da lei nº. 8.666/93 – e utilizado como diretriz por esta Casa de Leis.

Conforme os ensinamentos de Dora Maria de Oliveira Ramos:

“A exigência de prestação de garantia objetiva assegurar que o contratado efetivamente cumpra as obrigações contratuais assumidas, tornando possível à Administração a rápida reposição de eventuais prejuízos que possa vir a sofrer em caso de inadimplemento.”³

Feito os esclarecimentos acima delineados, dúvidas não há no tocante à improcedência da impugnação neste ponto, já que o percentual estabelecido no instrumento convocatório esta em consonância com o permissivo legal respectivo.

2.3.3 : (7) - exigências excessivas: item 5.1, alínea “c” do Edital e Anexo V (Declaração de inexistência de vínculo pessoal ou familiar perante a ALE/RO).

Pugna a empresa impugnante pela alteração no edital para excluir as exigências relacionadas ao item 5.1 e o anexo V (declaração de inexistência de vínculo familiar ou parentes na ALE/RO) como critério de participação no certame por entender que as exigências não guardam correspondência com o objeto, bem como restringe a competitividade e não existe previsão em lei.

Uma vez mais, ao nosso sentir, não merece prosperar as alegações da empresa interessada.

Isto porque a essência da exigência visa afastar qualquer incidente relacionado ao conflito de interesses na contratação pública e, com isso, macular o procedimento licitatório.

Não é demais reforçar que há impedimentos materiais na lei de licitações. Eis os exemplos contidos no artigo 9º da Lei de licitações – conforme transcrição:

“Art. 9 – Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

- I – o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- III – servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora M. de O.; SANTOS, Marcia W. B.; D’AVILA, Vera L. M. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: PC Editorial Ltda., 2001, p. 286



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

§ 1º É permitida a participação do autor do projeto ou da empresa a que se refere o inciso II deste artigo, na licitação de obra ou serviço, ou na execução, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada.

§ 2º O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração.

§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação”. (BRASIL, 1993)⁴

Feito os esclarecimentos acima delineados, improcede os argumentos da empresa por estarem em consonância com os parâmetros legais e regimentais adotados pela ALE/RO. Além disso, vale destacar que a jurisprudência adotada pelos órgãos de fiscalização e controle é no sentido de instituir mecanismos hábeis a evitar qualquer intervenção ou favorecimento no plano licitatório. Com isso, as ações devem ser sempre verificadas caso a caso – senão vejamos:

A participação de empresa cujo sócio tenha vínculo de parentesco com servidor da entidade licitante afronta, por interpretação analógica, o disposto no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. A alteração do contrato social no curso do certame não descaracteriza a irregularidade e constitui indício de simulação e fraude à licitação

Representação apontou possível irregularidade na Concorrência 001/2007, promovida pela Fundação Universidade Federal do Piauí – FUFPI/MEC, objetivando a contratação de empresa para a prestação de serviços de publicidade e propaganda. Segundo a representante, a participação no certame e posterior contratação de empresa cujo sócio – detentor de 30% do capital social – pertencia ao quadro de pessoal da promotora da licitação (FUFPI) configurou afronta ao disposto no artigo 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao item 5.1 do edital, que assim dispôs: “5.1. Não poderão participar da licitação as empresas que tenham entre seus dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 5% (cinco por cento) do capital social, dirigentes, responsáveis e técnicos, servidor ou dirigentes de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação e empresas em consórcio.” A unidade técnica destacou que, no curso da licitação, o servidor da FUFPI retirou-se da sociedade, sendo substituído por sua filha. Destacou ainda que a referida empresa teria sido beneficiária de 21 processos de dispensa de licitação depois do ingresso do referido servidor no quadro

⁴

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/vedacao-a-participacao-de-parentes-no-processo-licitatorio/>



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

societário. O relator, em consonância com a unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas pela empresa e pelo servidor, ao concluir que a alteração efetivada no contrato social da empresa teve por objetivo afastar o impedimento tipificado no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. Apontou ainda a ocorrência de simulação com o intuito de fraudar o procedimento licitatório. Argumentou que “mesmo ao se considerar lícita a alteração do contrato social, não se afastou do impedimento constante do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993”. Isso porque, “consoante a jurisprudência desta Corte, as vedações explicitadas nesse dispositivo legal estão sujeitas a analogia e interpretação extensiva ...”. Ou seja, “qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade”. (Acórdão 1170/2010-Plenário). Especificamente em relação à participação de parentes em licitação, citou o Acórdão 607/2011-Plenário, no sentido de que “mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações ..., vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas ...”. Ao se reportar ao caso concreto, destacou que a influência do servidor sobre os gestores da FUFPI foi determinante para a ocorrência das sucessivas contratações diretas da empresa. Ponderou, contudo, que a imposição de penalidades deveria ocorrer somente sobre a empresa, uma vez que não houve débito e que a conduta do servidor escapou à jurisdição do TCU por ter sido “praticada na condição de sócio da empresa e não como gestor de recursos públicos ...”. Em relação aos membros da comissão de licitação, ressaltou que “esses responsáveis tiveram conhecimento de que a empresa possuía, de forma relevante, em seu quadro societário parente de servidor da entidade”. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu em relação a essa irregularidade: a) declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a empresa inidônea para participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal pelo prazo de três anos; b) aplicar aos membros da comissão de licitação a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992; c) encaminhar cópia da decisão à FUFPI para que averigue a pertinência de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar eventuais desvios de conduta praticados pelo servidor. Precedentes mencionados: Acórdãos 1.170/2010 e 607/2011, todos do Plenário. **Acórdão 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013.**

Por fim, não se pode olvidar que se cuida de simples declaração, ou seja, documento cuja confecção não demanda maiores esforços e/ou impedimentos, a menos que, concretamente, exista óbice que se pretenda ocultar.

Dessa forma, não prospera, neste ponto, a irresignação em exame.



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

2.4 - DO ITEM (5): DO REAJUSTE DE PREÇOS

Quanto ao critério de reajuste, a empresa ora impugnante chama a atenção para as divergências existentes entre o Edital e a minuta do contrato administrativo (anexo), que tratam de forma distinta o critério de reajuste adotado pela ALE/RO.

Para melhor compreender, transcreve-se parte da linha de argumentação utilizada que sustenta o pedido de alteração:

“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”.

[...]

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”.

Ao final sugere a seguinte modificação:

“Ante o exposto, requer a adequação do item 16.2 do Termo de Referência, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”. (sic)

Nesse cenário, assiste razão a impugnante em face da divergência dos índices de atualização adotados entre o Termo de Referência e a minuta do contrato que integram o Edital. Apenas nesse ponto.



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

Contudo, a redação ofertada pela empresa impugnante não deve prosperar por atribuir uma espécie automática de atualização nos casos de prorrogação contratual sem considerar a prestação efetiva dos serviços e o próprio interesse público na contratação.

Para melhor compreensão, destacamos o item 16.2 do Termo de Referência:

16.2 Os reajustes previstos e necessários para a manutenção deste serviço serão realizados a cada 12 (doze) meses da apresentação da proposta da empresa vencedora, utilizando o Índice de Serviços de Telecomunicações – IST, publicado pela ANATEL.

No entanto, a cláusula trigésima primeira da minuta contratual dispõe da seguinte linha:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMEIRA -Os preços serão fixos e irremovíveis no período inferior a um ano, de acordo com o § 1º do Art.2º da Lei Federal nº 10.192, de 14/02/2001, podendo ser reajustado, após o referido período, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI.

Considerando que o prazo de vigência do contrato é de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado até o limite legal, mediante termo aditivo, salvo melhor juízo, entende-se que a contratação ora em apreço poderá sofrer novos desdobramentos no curso de sua vigência com possibilidade de refletir em uma melhor solução de ordem técnica e influir na relação negocial entre as partes.

Não é demais destacar que nos serviços de natureza essencial, como é o caso dos serviços de fornecimento de *internet*, são comuns novas implementações tecnológicas que ocasionam reduções significativas no valor comercial praticado. Com isso, a decisão quanto a prorrogação ou não está atrelado ao mérito do ato administrativo que será devidamente analisado no prazo apropriado pela Autoridade Competente desta Casa de Leis – o que exige a demonstração de sua vantajosidade, qualidade na prestação de serviços e interesse de ambas as partes em sua continuidade.

Dessa forma, dentro desse contexto, deve ser retificado o termo de referência para unificar o índice de atualização, para fins de reajuste, preferencialmente em índice que reflita a perda inflacionária ou específico das telecomunicações, caso haja.

Contudo, sem atribuir o efeito automático da atualização como proposto pela empresa impugnante por se tratar de mérito administrativo sujeito ao crivo da autoridade competente desta Casa de Leis e nova pactuação por instrumento apropriado.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, restrita aos aspectos jurídico-formais, esta Advocacia-Geral OPINA pela procedência parcial da impugnação da empresa OI S/A, somente para unificar as regras do edital e do termo de referência, para fins de reajuste contratual, valendo-se, preferencialmente, de índice que reflita a perda inflacionária do período ou de outro específico das telecomunicações, caso haja.



Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia – ALE/RO

Os demais itens da impugnação devem ser afastados nos termos das razões supramencionadas, devendo o Edital nº. 055/2020/ CPP/ALE/RO ser mantido em sua integralidade.

Eis o parecer, salvo juízo diverso da autoridade competente.

Porto Velho/RO, 15 de dezembro de 2020.

Walter Matheus Bernardino Silva
Advogado-Geral da ALE/RO

Tiago Rangel S. Silva
Assessor da ALE/RO