

Fl.: 03
Proc.: 001661/13-97
F. 1102
Rubrica Protocolo - Sede



Ilmo(a). Sr(a). Pregoeiro(a) da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF

Ref.: Pregão Eletrônico nº 54/2013

Telemar Norte Leste S.A. ("Oi"), sociedade anônima com sede na Rua do Lavradio, nº 71 - 2º andar, Centro, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ sob o nº 33.000.118/0001-79, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, sob o registro nº 54/2013, visando Execução dos serviços de implantação de circuitos de comunicação, formando uma rede de serviços de telecomunicações, utilizando tecnologia MPLS (Multi Protocol Label Switching), com capacidade para prover tráfego de dados, voz e imagem, sendo denominada como Rede WAN (Wide Area Network), entre a Administração Central em Brasília/DF, as 8 (oito) Superintendências Regionais e 3 (três) Escritórios de Representação da CODEVASF, e serviço de gerência.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral

O item 3.16, alínea “b”, do Edital veda a participação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar suspenso com a Codevasf ou qualquer órgão integrante do SISG/SIASG.

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

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

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

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

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

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

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

“Administração Pública: A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada ‘Administração Direta’ (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a ‘Administração Indireta’ (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as ‘fundações’ instituídas ou



mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito.”

“**Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade.”¹

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

“A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Pública.”²

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

Informativo TCU nº 136:

As sanções de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, previstas no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcançam apenas o órgão ou a entidade que as aplicaram.

“[...] Acrescentou que, no âmbito do TCU, tem predominado o entendimento no sentido de que tal penalidade alcança apenas o órgão, entidade ou a unidade administrativa que a cominou. Observou que tal conclusão foi construída com base nas seguintes premissas: “a) as sanções do art. 87 da Lei 8.666/93 estão organizadas em ordem crescente de gravidade e, a fim de diferenciar aspectos como duração, abrangência e autoridade competente para aplicá-las, o legislador

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

³ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134 e nº 136.



pretendia distinguir as penalidades dos incisos III e IV; b) em se tratando de norma que reduz o direito de eventuais licitantes, cabível uma interpretação restritiva; c) o art. 97 da Lei de Licitações, ao definir que é crime admitir licitação ou contratar empresa declarada inidônea, reforça a diferenciação entre as penalidades de inidoneidade e suspensão temporária/impedimento de contratar, atribuindo àquela maior gravidade". Mencionou, então, diversos processos em que tal entendimento prevaleceu, mas reconheceu a existência de decisões destoantes, em que venceu o entendimento de que tal penalidade deve alcançar toda Administração. Observou que, para o deslinde dessa questão, faz-se necessário investigar o significado das expressões "Administração" e "Administração Pública" contidos nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, respectivamente. Com esse intuito, destacou o disposto nos incisos XI e XII do art. 6º dessa mesma lei, de onde se depreende que os conceitos "Administração Pública" e "Administração" são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Destacou, então, que *"o art. 6º faz interpretação autêntica contextual de Administração e de Administração Pública, ou seja, o próprio texto da lei atribui sentido próprio aos referidos termos, não sendo cabível ao intérprete conferir significado diverso".* E mais: *"Com respeito ao alcance da penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, o inciso III do art. 87 da Lei 8.666/93 prescreve expressamente que a referida penalidade incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante. Já o inciso IV do aludido artigo estabelece que a declaração de inidoneidade recai sobre a Administração Pública, ou seja, abrange todo o aparato administrativo do Estado".* Ao final, fez menção à recente deliberação do Tribunal, proferida por meio do Acórdão nº 3243/2012-Plenário, que respalda suas conclusões. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação; b) esclarecer à CAIXA que *"a penalidade de suspensão temporária/impedimento de contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, incide sobre a Administração, isto é, somente em relação ao órgão ou à entidade contratante, nos termos em que decidiu o Tribunal no Acórdão 3243/2012-Plenário".* Acórdão nº 3439/2012-Plenário, TC-033.867/2011-9, rel. Min. Valmir Campelo, 10.12.2012.

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

Vale salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a **Instrução Normativa nº 02/2010** definindo que a aplicação da



sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).

Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção do direito de licitar e a declaração de inidoneidade, defende que a Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item 3.16 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante (CODEVASF), e não com a Administração Pública em geral.

2. Exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo Poder Público

O item 11.1.1, alínea “b” do Edital exige, a título de habilitação, *prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho mediante a apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT*.

Todavia, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.

A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

Fl.: 08
Proc.: 001661/13-97
Filipe
Rubrica Protocolo - Sede



“Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Deste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de execução trabalhista definitiva.

As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

“Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, **será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta



possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Não obstante, vê-se que a disposição do Edital fere não somente o texto legal mencionado, mas também o sentido intrínseco do dispositivo, ao não prever a possibilidade de regularização jurídica por parte das empresas licitantes por meio da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição.

Ante o exposto, requer a adequação do **item 11.1.1, alínea “b” do Edital**, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

3. Limitação da responsabilidade da Contratada aos danos diretos comprovadamente causados à Contratante

O item 17.4 do Edital dispõe que as partes responderão por quaisquer acidentes de que sejam vítimas seus empregados, bem como pelos acidentes causados a terceiros, quando executando o objeto deste contrato..

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

Contudo, importante destacar que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente diretamente de sua culpa ou dolo, o que evidencia a ilegalidade dos itens em exame, nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos **danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato**, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (grifo nosso)

Nesse sentido, cumpre colacionar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

“O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento.



De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorressem dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”⁴ (grifos nossos)

Diante disso, cumpre trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. (Acórdão n.º 2664/2007, Plenário)

Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada.

Ressalte-se que o dano direto é aquele que produz no bem imediatamente em consequência do evento determinante, enquanto que no dano indireto, o prejuízo só se verifica como consequência posterior.

Assim, caso tenha sido causado dano diretamente à Administração ou a terceiros, sem restar comprovada a culpa ou dolo da Contratada, a Contratante não poderá exigir indenização dos eventuais prejuízos causados, mas apenas determinar à Contratante a adoção de medidas corretivas.

Diante do exposto, requer seja alterado o item 17.4 do Edital, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa na execução do contrato, desde que garantida a sua ampla defesa.

4. Realização do pagamento mediante fatura com código de barras

O item 18.5 do Edital e o item 8.5 da Minuta do Contrato determinam que pagamento será efetuado por meio de ordem bancária, e creditado em qualquer entidade bancária indicada na proposta.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses **são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI nos casos de órgãos vinculados à Administração Pública Federal.**

Com efeito, o pagamento por meio de código de barras é o sistema de faturamento e cobrança, que permite o reconhecimento rápido e eficiente do pagamento.

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

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

Dentre as vantagens para o cliente estão a garantia de baixa automática das faturas no sistema do Grupo, em 5 (cinco) dias úteis após o pagamento; evita a cobrança em duplicidade e a suspensão indevida do serviço. Da mesma forma, tal sistema proporciona vantagens à empresa prestadora dos serviços, haja vista que reduz a inadimplência e garante a satisfação do cliente.

Ante o exposto, para a melhor adequação do Edital à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 18.5 do Edital, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

5. Da previsão de penalidade excessiva

O **item 20.1 do Edital** estabelece a aplicação de multa que extrapola o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato, teto máximo estabelecido tanto pelo artigo 9º do Decreto nº 22.626/33 (ressalte-se, ainda em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, conforme determinado pelo Decreto de 29 de novembro de 1991) como pela Medida Provisória nº 2.172/01 (e suas reedições), e aplicável a **todas** as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

Deve-se frisar que, ainda que não conste na Lei n.º 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem os elementos perfeitamente cabíveis à



resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

Daí a remissão ao Decreto nº 22.626, que é aplicável a QUALQUER contrato, conforme ora explanado. Não há que se falar em inaplicabilidade do referido Decreto, mesmo porque a vedação à instituição de cláusula penal superior a 10% do total da dívida é cabível a quaisquer contratos firmados (exclusive os do sistema financeiro).

Diante do exposto, a Oi requer que sejam alteradas as previsões de penalidade contidas no **item 20.1 do Edital**, respeitando-se o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

6. Da previsão de anulação ou revogação do certame sem obediência das determinações legais (necessidade de *audita et altera pars*)

Os itens 24.7 e 24.8 do Edital afirmam que: *A CODEVASF poderá revogar a licitação quando nenhuma das propostas satisfizer o objetivo da mesma, quando for evidente que tenha havido falta de competição, ou quando caracterizado o indício de colusão; e ainda que: A CODEVASF poderá, ainda, revogar a licitação por razão de interesse público decorrente de fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente, e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer isento e devidamente fundamentado.*

Entretanto, mencionada passagem não prevê a necessidade legal de garantir o contraditório e a ampla defesa previamente à decisão administrativa. Por certo, o artigo 49, §3º da Lei nº 8.666/93 assegura, no caso de desfazimento do processo licitatório, o contraditório e a ampla defesa.

Sendo assim, a Oi requer a inclusão, no Edital, de previsão específica e expressa no sentido de que sejam garantidos, previamente à eventual anulação ou revogação do certame, o contraditório e a manifestação dos licitantes interessados.

Fl.: 13
Proc.: 001661/13-01
Folha 2
Rubrica Protocolo - Sede

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Oi** **requer que V. S^a julque motivadamente a presente Impugnação**, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Brasília/DF, 02 de agosto de 2013.

Brasília, 09 de agosto de 2013.

PARECER: 498 /2013.**REFERÊNCIA:** Processo nº 59500.001661/2013-97**INTERESSADO:** Secretaria de Licitações – PR/SL**EMENTA: CONSULTA – PREGÃO ELETRÔNICO –
IMPUGNAÇÃO AO EDITAL – ACOLHIMENTO
PARCIAL – POSSIBILIDADE.**

Sr. Chefe da Assessoria Jurídica,

Trata-se de consulta formulada pela Gerência de Tecnologia da Informação, na qual solicita manifestação desta Assessoria Jurídica acerca da impugnação protocolizada pela empresa Telemar Norte Leste S.A. (Oi), contestando as disposições do Edital nº. 054/2013, que visa a execução dos serviços de implantação de circuitos de comunicação, formando uma rede de serviços de telecomunicações, utilizando tecnologia MPLS (Multi Protocol Label Switching), com capacidade para prover tráfego de dados, voz e imagem, sendo denominada como Rede WAN (Wide Area Network), entre a Administração Central em Brasília/DF, as 8 (oito) Superintendências Regionais e 3 (três) Escritórios de Representação da CODEVASF, e serviço de gerência.

A previsão para impugnação ao edital encontra-se no item 5 do Edital-Pregão Eletrônico nº 54/2013.

A empresa impugnante contesta e requer a alteração de 6 dispositivos do edital. São eles:

1. Subitem 3.16, alínea “b”. Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral.

A interessada alega que o subitem 3.16, alínea “b” do Edital está em dissonância com a Lei nº 8.666/93, bem como com a jurisprudência atualizada do TCU, por vedar a participação de empresas que estejam com o direito de licitar e contratar suspenso com a Codevasf ou qualquer órgão integrante do SISG/SIASG.

Ora, razão assiste à Impugnante. Inclusive, esta Assessoria Jurídica já se pronunciou em outras oportunidades filiando-se ao posicionamento do Tribunal de Contas da União, isto é, a penalidade aplicada às empresas de suspensão temporária de licitar restringe-se tão somente dentro do âmbito do órgão que a penalizou (*vide* Parecer Jurídico nº 209/2013 em anexo).

Nessa linha, opino pelo acolhimento do item 1 da Impugnação que se refere ao subitem 3.16, alínea “b” do Edital.

2. Exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo Poder Público.

A impugnante requer a alteração do subitem 11.1.1, alínea “b” do Edital, para que permita a comprovação de regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas.

Nesse ponto, entendemos que o requerimento não merece prosperar. É de uma clareza solar que a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa possui os mesmos efeitos que a Certidão Negativa. A melhor técnica disciplina que um edital de licitação deve ter apenas os requisitos necessários e úteis. O formalismo excessivo deve ser eliminado, na medida que não produz nenhum benefício para a finalidade do procedimento licitatório que é a seleção da proposta mais vantajosa.

Sendo assim, entende-se pelo indeferimento do item 2 da Impugnação.

3. Limitação da responsabilidade da Contratada aos danos diretos comprovadamente causados à Contratante.

A Impugnante requer ainda a alteração do item 17.4 do Edital, para adequação ao art. 70 da Lei nº 8.666/93, de modo que a Contratada somente seja responsável pelos danos diretos caso tenha agido diretamente com dolo ou culpa na execução do contrato.

O item 17.4 disciplina a responsabilidade da Contratada por danos causados nos seguintes termos:

“17. OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

17.4. Responder por quaisquer acidentes de que sejam vítimas seus empregados, bem como pelos acidentes causados a terceiros, quando executando o objeto deste contrato.

Denota-se, que apesar do item transcrito prever que o particular responde civilmente pelos danos que acarretar a terceiros, carece de maior esclarecimento.

Razão assiste à Impugnante. A Contratada só poderá ser responsabilizada pelos acidentes ou danos se ficar comprovada a sua culpa ou dolo no evento e desde que seja em decorrência da execução do contrato. Como regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios do direito privado.

Nesse espeque, opina-se pelo acolhimento do item 3 da Impugnação, com o fim de se adequar o subitem 17.4 do edital ao art. 70 da Lei nº 8.666/93.

4. Realização do pagamento mediante fatura com código de barras.

No quesito 4 a Impugnante reclama pela alteração do subitem 18.1 do Edital e subcláusula 8.5 da Minuta de Contrato, pela possibilidade de inclusão da possibilidade de pagamento dos serviços prestados por meio de fatura (nota fiscal com código de barras).

Denota-se que a redação do edital e da minuta de contrato não possuem nenhuma irregularidade. A Impugnante mais uma vez almeja adequar o edital de licitação as suas necessidades. Além disso, a Impugnante não apresentou fundamentação suficiente que comprove a real necessidade para alteração do edital, bem como o prejuízo que tal disposição possa trazer.



Nestes termos, opino pelo indeferimento do requerimento constante no item 4 da Impugnação.

5. Da previsão de penalidade excessiva

A Impugnante contesta ainda o subitem 20.1 do Edital, que estabelece a aplicação de multa, em casos de inadimplemento contratual, no percentual de 0,1% (um décimo por cento) ao dia, sobre o valor global contratado, até o limite de 20% (vinte por cento) do prazo contratual.

De acordo com a propensa licitante, o citado subitem do edital ofende o artigo 9º do Decreto nº 22.626/33, que dispõe não ser válida “a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida.”

Ora, razão não assiste à Impugnante. Primeiro, que o limite de 20% refere-se ao prazo contratual e não ao valor total do contrato.

Segundo, que o citado disposto legal refere-se à vedação de **cláusula penal** e não cláusula de multa, vez que o próprio diploma legal citado difere os institutos da multa e da cláusula penal, como podemos inferir da leitura sistemática do artigo 8º do Decreto nº 22.626/33, *in verbis*:

*Art. 8º. As **multas** ou **cláusulas penais**, quando convencionadas, reputam-se estabelecidas para atender a despesas judiciais e honorários de advogados, e não for intentada ação judicial para cobrança da respectiva obrigação.*

Desta forma, conclui-se pelo indeferimento do item 5 da Impugnação.

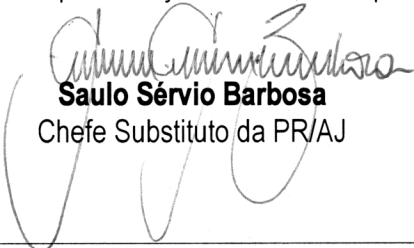
6. Da previsão de anulação ou revogação do certame sem obediência das determinações legais (necessidade de *audita altera pars*)

Por fim, a Impugnante requer alteração dos subitens 24.7 e 24.8 do Edital, para seja incluída a disposição específica e expressa do contraditório e ampla defesa, previamente à eventual anulação ou revogação do certame licitatório.

Razão não assiste à licitante. A Administração Pública tem como princípio básico o princípio da legalidade. Portanto, só poderá agir de acordo com a permissividade da norma. Assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa serão observados em todas as fases da licitação, bem como em todos os processos administrativos, nos termos delineados pela Constituição Federal/88, Lei nº 9.874/99 e Lei nº 8.666/93.

Nestes termos, opino pelo acolhimento parcial da Impugnação apresentada pela empresa Telemar Norte Leste S.A. (Oi), itens 1 e 3 da peça impugnatória.

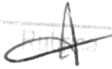
Encaminhem-se os autos à PR/SL para conhecimento do presente parecer jurídico opinativo e encaminhamento à Pregoeira consulete para adoção das medidas que entender serem necessárias.


Saulo Sérgio Barbosa
Chefe Substituto da PR/AJ

Despacho:

De acordo com o Parecer Jurídico por seus próprios fundamentos.
Encaminhem-se os autos à PR/SL, para adoção das demais providências necessárias.
Brasília, 09 de agosto de 2013.

Alessandro Luiz dos Reis
Chefe da Assessoria Jurídica

PR/SL - Recebido
Em, 9 / 8 / 13 Horas 15:47




Ministério da Integração Nacional - MI
Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba
PR/Assessoria Jurídica

Parecer nº: 209/2013

Brasília-DF, 18 de abril de 2013.

Assunto: consulta de empresa quanto à possibilidade de participar de licitação.

Sr. Chefe da PR/AJ,

Trata-se de questionamento formulado por Thiago, por intermédio de e-mail encaminhado à Secretaria de Licitações, quanto à possibilidade de uma empresa participar e vir a ser declarada habilitada em licitação promovida pela Codevasf, mesmo que possua suspensão decretada no Estado da Bahia.

A Chefe da Secretaria de Licitações encaminhou a consulta a esta Assessoria Jurídica.

Pois bem.

Pela narração do requerente, a penalidade que sofreu foi: "suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos" (art. 87, III, da Lei nº 8.666/93).

O grande cerne da questão é aferir se o impedimento também abrange outros órgãos além daquele aplicador da sanção.

Analisando o dispositivo legal supra citado, observa-se que a suspensão refere-se a contratações com a "Administração". Não há explicação na norma quanto à abrangência deste termo, se refere-se a todos os entes da administração pública ou só àquele que aplicou a penalidade.

Nesta senda, observo que o TCU posicionou-se, majoritariamente, no sentido de que tal suspensão abrange tão somente o órgão que sancionou o licitante. Veja-se o teor dos seguintes julgados:

Jariv



Ministério da Integração Nacional - MI
Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba
PR/Assessoria Jurídica

Sobre o tema, transcrevo:

Contratação pública – Contrato – Sanção – Suspensão temporária – Abrangência para todos os órgãos e entidades – STJ

Em relação aos efeitos da aplicação da sanção de suspensão temporária de participação em licitação, o STJ decidiu que "é irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV)) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. A Administração Pública é uma, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública".

(STJ, REsp nº 151.567, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 14.04.2003, veiculado na *Revista Zênite de Licitações e Contratos* – ILC, Curitiba: Zênite, n. 121, p. 278, mar. 2004, seção Jurisprudência.)

A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

(STJ, Resp nº 174.247/SP, 2ª T., rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.11.2004)

Por fim, registro que o professor Marçal Justen Filho, na obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 15ª ed., p. 1.020, corrobora o entendimento de que não se poderia admitir a regularidade para participar de licitação de empresa que tenha sido sancionada em outro certame. O ilustre doutrinador registra que a licitante já teria provado sua falta de condições para executar o objeto contratual. Assim preleciona:

Se o agente apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com um determinado sujeito administrativo, os efeitos dessa ilicitude teriam de se estender a toda a Administração Pública. Assim se passa porque a prática do ato reprovável, que fundamentou a imposição da sanção de suspensão do direito de licitar e contratar, evidencia que o infrator não é merecedor de confiança.

Contudo, a despeito dos posicionamentos relatados, esta Assessoria Jurídica filia-se à posição do TCU. **Entendemos que a penalidade aplicada com**

garir

fulcro no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, abarca a empresa apenas e tão somente dentro do âmbito do órgão que a penalizou.

Nessa linha, inclusive, são as penalidades aplicadas pela Diretoria Executiva da Codevasf que entende ser a empresa sancionada inábil para contratar apenas com a Codevasf.

No que concerne ao questionamento quanto à possibilidade de participar de licitações e ser habilitada a empresa que não possua ocorrência ou impedimento no SICAF, é de se salientar que devem ser atendidas as exigências de habilitação constantes do edital do certame. É situação que não pode ser analisada em tese, devendo ter a conclusão jurídica perante o caso concreto.

É o parecer, que submeto a apreciação superior.

Livia Cristina C. Araújo do Nascimento

Assessora Jurídica

Encontro-me de acordo com o parecer supra por seus próprios fundamentos.

À consideração superior.

Brasília, 19/04 /2013.

Túlio Ferreira Pinheiro

Túlio Ferreira Pinheiro

Chefe da Unidade de Assuntos Administrativos

De acordo em 19/04 /2013.

Aprovo o parecer supra. À PR / SL, para os devidos fins.

Alessandro Luiz dos Reis

Alessandro Luiz dos Reis
Chefe da Assessoria Jurídica

Contratação pública – Licitação – Sanção – Suspensão temporária – Empresa penalizada por outra entidade – Participação em certame – Possibilidade – TCU

De acordo com o TCU, é possível prever em edital que o impedimento de participar de certame em razão da sanção prevista no art. 87, inc. III, da Lei nº 8.666/93 restringe-se apenas às empresas penalizadas pela entidade que realiza a licitação, sendo possível a participação de empresas penalizadas por outras entidades da Administração Pública federal. Precedente mencionado na decisão: Acórdão nº 2.218/2011, da 1ª Câmara.

(TCU, Acórdão nº 902/2012, Plenário, Rel. Min. José Jorge, DOU de 23.04.2012, Informativo nº 102, período de 16 a 20.04.2012.)

Contratação pública – Planejamento – Edital – Condições de participação – Restrição – Empresas suspensas temporariamente por outros órgãos – Ilegalidade – TCU

A previsão em edital que limita a participação em licitação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos, a pena de suspensão temporária foi considerada irregular pelo TCU, por se tratar de restrição indevida ao caráter competitivo do certame. Dessa decisão é possível concluir que o Tribunal está firmando seu entendimento de que a aplicação da sanção de suspensão temporária por um órgão ou uma entidade não se estende aos demais.

(TCU, Acórdão nº 917/2011, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 20.04.2011.)

Contratação pública – Licitação – Sanção – Suspensão temporária – Aplicação por outro órgão ou entidade – Restrição à participação em licitação – Impossibilidade – TCU

O Tribunal de Contas da União determinou ao órgão licitante que: "abstenha-se de restringir, em seus certames, a participação de empresas em desfavor das quais tenha sido aplicada, por outros órgãos ou entidades, a pena de suspensão temporária prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993".

(TCU, Acórdão nº 2.617/2010, 2ª Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU de 04.06.2010.)

Por outro lado, o STJ possui jurisprudência divergente, em que entende ter aquela sanção efeitos sobre a licitante no que concerne à contratação com todos os entes da administração pública. Entende, neste ponto, que se houve aplicação da suspensão à empresa é porque esta deixou lacunas no cumprimento de contrato, motivo pelo qual não se pode depreender que tenha retidão de conduta em nova contratação.

caru

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL

Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - CODEVASF

Fls. 22
Proc. 1661/13-97
Rubrica-PR/GB

Brasília, 12 de agosto de 2013.

Referência: Processo nº 59500.001661/2013-97

Interessado: PR/SL

Assunto: Recurso Administrativo - Edital nº 54/2013 – Pregão Eletrônico

Homologo o Parecer Jurídico nº 498/2013, fls 15 a 17, que analisou o Pedido de Impugnação interposto pela empresa Telemar Norte Leste S.A (OI), referente ao Edital nº 54/2013 – Pregão Eletrônico, que tem por objeto a execução dos serviços de implantação de circuitos de comunicação, formando uma rede de serviços de telecomunicações, utilizando tecnologia Multi Protocol Label Switching - MPLS, com capacidade para prover tráfego de dados, voz e imagem, denominada Rede Wan (Wide Area Network) entre a Administração Central, em Brasília - DF e as 8 (oito) Superintendências Regionais e 3 (três) Escritório de Representação da Codevasf, e serviço de gerência, que deu provimento parcial ao Pedido para acatar os itens 3 e 5 da Impugnação.


ELMO VAZ BASTOS DE MATOS
Presidente

PR/SL - Recebido
Em, 14/8/13 Horas 10:46
Rubrica