



6552183



08006.002447/2017-21

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA****RESPOSTA AO****PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO Nº 04****1. INTRODUÇÃO**

1.1. O presente procedimento licitatório tem o escopo contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (fixo-fixo e fixo-móvel) e de Serviço Móvel Pessoal - SMP, com fornecimento de aparelhos em regime de comodato, (Móvel-Móvel, Móvel-Fixo e dados), nas modalidades Local, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI) a ser executado de forma contínua, a partir da cidade de Brasília-DF.

1.2. O Pregão Eletrônico n.º 01/2018 foi republicado no dia 04 de junho de 2018, com a data de abertura do certame marcada para o dia 14 de junho de 2018, as 10h:00.

1.3. Ocorre que, no dia 11 de junho de 2018 às 19h44min, a empresa **OI S.A**, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.423.963/0001-11, apresentou pedido de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 01/2018, encaminhado, via correspondência eletrônica, conforme os doc. (6551785) e (6551796).

1.4. Cumpre consignar que o pedido foi apresentado tempestivamente e na forma exigida, nos termos dos artigos 18 e 19 do Decreto n.º 5.450/2005, embora se trata de impugnação sem a devida assinatura.

2. ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE:

2.1. Alega a impugnante, em sua exordial, as possíveis incongruências no edital:

2.1.1. **IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL;**

2.1.2. **SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI**

2.1.3. **REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO**

2.1.4. **DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE**

2.1.5. **GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE**

2.1.6. **DA GARANTIA DE EXECUÇÃO**

2.1.7. **REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS**

2.1.8. **ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO**

2.2. Por fim, requer a correção necessária do ato convocatório e que seja conferido efeito suspensivo a impugnação ora protocolada.

3. DA RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

a) IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL;

3.1. De início, destaca-se que a extensão dos efeitos da sanção presente no inciso III do art. 87 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, Lei 8.666/93, é tema bastante polêmico. Há quem dê à penalidade denominada “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos” alcance restrito, englobando somente o órgão que impôs a sanção; outra corrente enxerga a penalidade de forma ampla, o que manteria a empresa penalizada afastada das licitações e contratos com toda a Administração Pública.

3.2. Cumpre informar que o Ministério da Justiça segue a linha adotada no âmbito do Tribunal de Contas da União e considera que os efeitos subjetivos da sanção prevista no art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93 restringem-se ao órgão sancionador. Entende este órgão que a palavra “Administração” contida no art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93 deve ser interpretada de acordo com o conceito que o próprio Estatuto das Licitações e Contratos lhe dá no art. 6.º, XII (“órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”). Considera também que estender os efeitos da punição a toda Administração Pública seria equiparar indevidamente as sanções dos incisos III e IV do art. 87.

3.3. Consoante registrado, nas reiteradas Decisões - Plenário, TCU, ‘o Tribunal firmou entendimento de que as penalidades previstas na Lei se apresentam em escala gradativa de gravidade, deixando clara a intenção do legislador no sentido de disponibilizar ao gestor opções de sanções a serem aplicadas, levando-se em conta a infração cometida. Assim, aplicar-se-ia uma pena mais branda para faltas não tão graves, suspendendo-se temporariamente o direito de licitar (art. 87, III, Lei n.º 8.666/93), e uma pena mais severa para aquelas faltas revestidas de maior gravidade, declarando-se inidôneo o licitante infrator (art. 87, IV, Lei 8.666/93)’. Ressalta-se, ainda, que a própria Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 97, classifica como crime admitir a participação de licitante ou celebrar contrato com profissional ou empresa declarada inidônea, o que deixa claro a distinção entre os dois incisos.

3.4. A distinção mais evidente ocorre na interpretação literal sob a teoria hermenêutica da literalidade. O inciso III sustenta o impedimento em licitar e contratar (suspensão temporária) com a “Administração” enquanto o inciso IV sustenta o impedimento em licitar e contratar (declaração de inidoneidade) com a “Administração Pública”, ambos do artigo 87 da Lei 8666/93. Isto posto, partindo da premissa de que a lei não contém palavras inúteis e não cabe ao interprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de estar criando hipótese não prevista, podemos dizer que a suspensão temporária produz efeito na entidade administrativa que a aplicasse enquanto a declaração de inidoneidade produz efeito em todos os órgãos da Administração Pública, ou seja, em todos os entes federativos.

3.5. A Instrução Normativa n.º 2, de 31 de outubro de 2010, que estabelece normas para o funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG, elenca em seu art. 40 as sanções passíveis de registro no SICAF e sua abrangência.

3.6. O artigo 40 da Instrução Normativa n.º 02/2010 evidenciou com clareza o entendimento, que reza:

“Art. 40. São sanções passíveis de registro no SICAF, além de outras que a lei possa prever:

I – **advertência por escrito**, conforme o inciso I do art. 87 da Lei n.º 8.666, de 1993;

II – **multa**, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, conforme o inciso II do art. 87 da Lei n.º 8.666, de 1993;

III – **suspensão temporária**, conforme o inciso III do art. 87 da Lei n.º 8.666, de 1993;

IV – **declaração de inidoneidade**, conforme o inciso IV do artigo 87 da Lei n.º 8.666, de 1993; e

V – **impedimento de licitar e contratar** com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, conforme o art. 7º da Lei n.º 10.520, de 2002.

§ 1º A aplicação da sanção prevista no **inciso III** deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, **no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção.**

§ 2º A aplicação da sanção prevista no **inciso IV** deste artigo impossibilitará o

fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos **com todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.**

§ 3º A aplicação da sanção prevista no **inciso V** deste artigo impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos no **âmbito interno do ente federativo que aplicar a sanção:**

I – da **União**, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade da União;

II – do **Estado ou do Distrito Federal**, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Estado ou do Distrito Federal; ou

III – do **Município**, caso a sanção seja aplicada por órgão ou entidade do Município.”

3.7. Ante o exposto, a cláusula impugnada, item 4.2.1 do Edital nº 01/2018, encontra-se em plena conformidade com as minutas padronizadas de Atos Convocatórios da Advocacia-Geral da União. Por oportuno, cabe salientar que as contratações de serviços para a realização de tarefas executivas sob o regime de execução indireta, por órgãos ou entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, observarão, no que couber, a utilização de minutas padronizadas de atos convocatórios da Advocacia-Geral da União, conforme dispõe o art. 35 da Instrução Normativa nº 05, de 26 de Maio de 2017. Neste sentido, é expresso no Caput do Edital nº 01/2018 a previsão das aplicações normativas que regem o presente instrumento convocatório e suas aplicações subsidiárias.

3.8. Portanto, é de incumbência dos licitantes interessados o prévio exame de suas condições para participação, mormente quanto a abrangência da penalidade a elas aplicadas pelo órgão sancionador competente, quando for o caso, sendo certo que na vigência de uma suspensão temporária ou impedimento de contratar por prazo inferior a 2 (dois) anos, nos termos do art. 87, III, da Lei 8.666/93, sua abrangência recairá apenas ao respectivo órgão sancionador. De outro modo, se a interessada estiver impedida de licitar/contratar com o ente federativo sancionador, nos termos do art. 7º do Decreto 10.520/2005, sua abrangência será com o Ente da Federação. Por fim, se o interessado for declarado inidôneo, nos termos do art. 87, IV, da Lei 8.666/93, sua abrangência recairá para todos os órgãos e entidades da Administração Pública. Será de incumbência do Pregoeiro a verificação de eventual descumprimento das condições de participação como condição prévia ao exame da documentação de habilitação do licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar, conforme item 8.1 e 8.3 do Edital.

3.9. Desta forma, não se vislumbram razões para alteração do item 4.2.1, dada a clareza da redação expressa, no que tange a menção da sua aplicabilidade na forma da legislação vigente, sendo seguro que a abrangência compreendida por este Ministério da Justiça não destoa do pleito sugerido pela impugnante, razões pela qual **nego provimento.**

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

3.10. Em suma, a Empresa impugnante contesta suposto entendimento extensivo quanto ao registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, quando penalizada na forma do art. 87, III, da Lei 8.666/93, requerendo a exclusão ou adequação do item 8.1 do Edital. Conforme já tratado, entende esta Coordenação de Procedimentos Licitatórios (COPLI), do Ministério da Justiça, que a incumbência dos licitantes interessados recai no exame prévio de suas respectivas condições de participação frente a abrangência de eventual penalidade aplicada pelo órgão sancionador competente, sendo certo que na vigência de uma suspensão temporária ou impedimento de contratar por prazo inferior a 2 (dois) anos, nos termos do art. 87, III, da Lei 8.666/93, sua abrangência recairá apenas ao respectivo órgão sancionador. De outro modo, se a interessada estiver impedida de licitar/contratar com o ente federativo sancionador, nos termos do art. 7º do Decreto 10.520/2005, sua abrangência será com o Ente da Federação. Por fim, se o interessado for declarado inidôneo, nos termos do art. 87, IV, da Lei 8.666/93, sua abrangência recairá para todos os órgãos e entidades da Administração Pública. Caberá ao Pregoeiro a verificação de eventual descumprimento das condições de participação como condição prévia ao exame da documentação de habilitação do licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar, conforme item 8.1 e 8.3 do Edital, sob pena de reputar o licitante inabilitado, por falta de condição de participação.

3.11. Desta forma, não se vislumbram razões para alteração do item 8.1 do Edital, sendo seguro que a abrangência compreendida por este Ministério da Justiça não destoa do pleito sugerido pela impugnante, razões pela qual **nego provimento.**

c) REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO

3.12. Alega a Empresa impugnante que o presente Edital estipula como condição para a celebração definitiva do contrato a comprovação referente ao CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal), expondo os fatos que requerem, ao final, a "exclusão do Item 16.2 do Edital, ou ainda, que se esclareça o referido item para que a inexistência de registro no CADIN não seja considerada condição para a celebração do contrato na presente licitação, posto que tal imposição não encontra consonância com a disposição do art. 6º, inciso III, da Lei nº 10.522/2002".

3.13. O Cadin (Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais) foi criado pela lei nº 10.522/02 e, em linhas gerais, apresenta a relação de pessoas físicas e jurídicas que estejam em situação irregular junto aos cadastros do Ministério da Fazenda (CPF/CGC) ou que possuem obrigações não pagas com órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

3.14. Inicialmente, cumpre particularizar breve erro material por parte da Empresa ao requer a exclusão do item 16.2 do Edital, quando este inexistente, sendo compreendido se tratar do item 14.2, que reza:

3.15. *"14.2 Previamente à contratação, a Administração realizará consulta "on line" ao SICAF, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo."*

3.16. No que pertine à redação contida no item 14.2 do Edital, ao contrário do que se depreende das alegações da impugnante, não se verifica vedação para contratação de empresas inscritas no CADIN. Além disso, o art. 6º da lei indica que é "**obrigatória a consulta prévia ao Cadin**, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para: (...) III – celebração de convênios, acordos, ajustes ou **contratos** que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e **respectivos aditamentos**".

3.17. Portanto, conforme transcrito em suas razões, o que permanece em vigor é a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam desembolso de recursos públicos, não havendo exigência legal ou editalícia, no caso, que impeçam à celebração do contrato em caso de inscrição isolada no cadastro. Ou seja, não se vislumbra motivo para a exclusão do item 14.2 do Edital, tendo sido ratificado o entendimento a título de esclarecimento de que apesar de a inscrição no Cadin não impedir, por si só, a celebração de contratos administrativos, é recomendável que os órgãos promovam as pesquisas prévias no cadastro e anexem aos autos as comprovações dessa busca. Essa conduta privilegia não apenas o art. 6º, III, da Lei nº 10522/02, como também diversas decisões do TCU sobre o tema. Pelo exposto, **nego provimento**.

d) DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE, e) GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE, f) DA GARANTIA DE EXECUÇÃO e g) REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

3.18. A ora impugnante questiona questões contratuais do Edital, desse modo os autos foram endereçados para o Coordenação de Contratos, a qual se manifestou por meio do Despacho nº 64/2018/CCONT/CGL/SAA/SE (6336251) e Despacho nº 89/2018/CCONT/CGL/SAA/SE, os quais restaram assim transcritos:

Despacho nº 64/2018/CCONT/CGL/SAA/SE

Destino: DILIC/COPLI/CGL/SAA/SE

Assunto: **Informática: Prestação de Serviços** - Impugnação do Edital do Pregão Eletrônico 01/2018
Interessado(a): **CGTI**

1. Em atenção a diligência realizada pelo senhor pregoeiro, Halisson Luciano Chaves Ayres da Fonseca, por meio do Despacho 20 (6335819), que solicita *manifestação da Coordenação de Contratos com Relação aos questionamentos: 5 - Da retenção do pagamento pela contratante, 6 - Garantias à Contratada em caso de inadimplência da Contratante, 7 - Da garantia de execução e 8 - Reajuste dos preços e das tarifas*; emanamos os seguintes esclarecimento:

1.1. Inicialmente, ressaltamos que a minuta de contrato produzida se encontra em conformidade com a disponibilizada pela Advocacia-Geral da União, por meio do seguinte endereço eletrônico: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244969. Seguindo o que prevê a Instrução Normativa SEGES/MP nº 05, de 26 de maio de 2017:

Art. 35. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de atos convocatórios e contratos da Advocacia-Geral União - AGU, observado o disposto no Anexo VII, bem como os Cadernos de Logística expedidos por esta Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

1.2. Quanto ao questionamento sobre a retenção do pagamento pela contratante constante na Cláusula Quinta do Contrato, informamos que não cabe razão à impugnante, uma vez que o texto trazido no instrumento contratual reflete o contido no Termo de Referência, que prevê a retenção tributária prevista na legislação vigente e detalhada no ANEXO XI da Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017, e na Instrução Normativa RFB nº 1.234, de 11 de janeiro de 2012, como seguem:

IN 05/2017

6. Os pagamentos a serem efetuados em favor da contratada estarão sujeitos à retenção, na fonte, dos seguintes tributos, quando couber:

6.1. Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins), e Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep), na forma da Instrução Normativa RFB nº 1.234, de 11 de janeiro de 2012, conforme determina o art. 64 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996;

6.2. Contribuição previdenciária, correspondente a 11% (onze por cento), na forma da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, conforme determina a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; e

6.3. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), na forma da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, combinada com a legislação municipal e/ou distrital sobre o tema.

IN RFB 1.234/12

Art. 2º Ficam obrigados a efetuar as retenções na fonte do Imposto sobre a Renda (IR), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS/Pasep sobre os pagamentos que efetuarem às pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras, os seguintes órgãos e entidades da administração pública federal:

I - os órgãos da administração pública federal direta;

1.3. Sobre as garantias à contratada em caso de inadimplência da contratante, constante também na Cláusula Quinta do Contrato, a licitante não possui razão, uma vez que segue exatamente o estipulado no ANEXO XI da Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017:

Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes fórmulas: $I = (TX/100) \times 365 \times EM = I \times N \times VP$, onde: I = Índice de atualização financeira; TX = Percentual da taxa de juros de mora anual; EM = Encargos moratórios; N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento; VP = Valor da parcela em atraso;

1.4. Quanto à garantia de execução, a impugnante alega que a garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, bem como o prazo exigido para sua apresentação ser exíguo, se baseando no princípio da razoabilidade. Novamente, a minuta de contrato seguiu o Termo de Referência que foi confeccionado em conformidade com a minuta da AGU. Especificamente, o percentual máximo permitido no Parágrafo 2º, Artigo 56, da Lei nº 8.666/93 é de cinco por cento do valor do contrato, o percentual estipulado, de três por cento, é discricionário da autoridade administrativa, baseada na importância do serviço a ser contratado e, provavelmente, pelo valor previsto da contratação. Ainda, sobre o prazo para entrega, ressaltamos que é o prazo padrão utilizado pela Administração, previsto na minuta da AGU, que em nenhuma hipótese se mostra exíguo, tendo sido cumprido em regra pela empresas contratadas por este Ministério.

1.5. Sobre o reajuste, a impugnante solicita a adoção do IGP-DI, por se tratar de uma remuneração por preços. Observando que a minuta do contrato seguiu o estipulado no Termo de Referência, mas a adoção do ICT se deve pela necessidade da adoção de índices específicos ou setoriais que retratem a efetiva variação do custo, sendo o índice estabelecido pela Resolução ANATEL nº 532, de 03 de agosto de 2009, o índice setorial que aplicado no reajuste e atualização de valores associados à prestação dos serviços de telecomunicações, abordando inclusive o "Conjunto de rubricas contábeis de despesas das prestadoras" e a "Estrutura das Despesas de Referência e índices associados", concorde Anexos I e II da já citada Resolução.

2. Dessa forma, encaminhamos o processo a fim de subsidiar a decisão do senhor Pregoeiro, nos colocando à disposição.

Despacho nº 89/2018/CCONT/CGL/SAA/SE

Destino: DILIC/COPLI/CGL/SAA/SE

Assunto: **Informática: Prestação de Serviços** - Impugnação do Edital do Pregão Eletrônico 01/2018
Interessado(a): **CGTI**

1. Em atenção a diligência realizada pelo senhor pregoeiro, Halisson Luciano Chaves Ayres da Fonseca, por meio do Despacho 54 (6551833), que solicita *manifestação da Coordenação de Contratos com Relação aos questionamentos: 4 - Da retenção do pagamento pela contratante, 5 - Garantias à Contratada em caso de inadimplência da Contratante, 6 - Da garantia de execução e 7 - Reajuste dos preços e das tarifas*; emanamos os seguintes esclarecimento:

1.1. Inicialmente, informamos que os questionamentos supramencionados já foram alvo de manifestação por parte desta Coordenação, por meio do Despacho 64 (6336251), oriunda também de impugnação enviada pela empresa OI S/A, que se preocupou apenas em copiar o Pedido de Impugnação ao Edital n.º 01/2018 (6332617), agora no Pedido de Impugnação 04 ao Edital n.º 01/2018 (6551796). Dessa forma, mantemos as informações já produzidas, como a seguir demonstraremos;

1.2. Para justificação das informações elaboradas, cabe explicar que a presente contratação seguiu o rito da Instrução Normativa SLTI nº 04/2014, que prevê a aplicação subsidiária ao disposto na Instrução Normativa SLTI nº 02/2008, recentemente revogada pela Instrução Normativa SEGES nº 05/2017;

1.3. Assim, ressaltamos que a minuta de contrato produzida se encontra em conformidade com a disponibilizada pela Advocacia-Geral da União, por meio do seguinte endereço eletrônico: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244969. Seguindo o que prevê a Instrução Normativa SEGES/MP nº 05, de 26 de maio de 2017:

Art. 35. Devem ser utilizados os modelos de minutas padronizados de atos convocatórios e contratos da Advocacia-Geral União - AGU, observado o disposto no Anexo VII, bem como os Cadernos de Logística expedidos por esta Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, no que couber.

1.4. Oportunamente, acreditamos importante trazer considerações básicas sobre contrato administrativo. Diferente do que ocorre no Direito Privado, que o contratar tem um aspecto mais amplo e livre, o Direito Público limita a Administração às exigências legais, da mesma forma que concede uma posição superior na relação contratual, isso com base no princípio balizador da supremacia do interesse público. Com isso, os contratos administrativos adquirem algumas características. A douta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em seu livro *Direito Administrativo* (pg.307, 2015), enumera as seguintes:

1. presença da Administração Pública como Poder Público;

2. finalidade pública;
3. obediência à forma prescrita em lei;
4. procedimento legal;
5. natureza de contrato de adesão;
6. natureza *intuitu personae*;
7. presença de cláusulas exorbitantes;
8. mutabilidade.

1.5. Visto que a impugnação ataca algumas das cláusulas obrigatórias no instrumento contratual, ressalvamos a característica "da natureza de contrato de adesão", uma vez que cabe a Administração estabelecer todas as cláusulas contratuais, definindo os parâmetros e o modelo de execução com que pretende contratar, devendo o mesmo ser aprovado pela autoridade competente e balizado na legislação vigente.

1.6. Por conseguinte, quanto ao questionamento sobre a retenção do pagamento pela contratante constante na Cláusula Quinta do Contrato, informamos que não cabe razão à impugnante, uma vez que o texto trazido no instrumento contratual reflete o contido no Termo de Referência, que prevê a retenção tributária prevista na legislação vigente e detalhada na Instrução Normativa RFB nº 1.234, de 11 de janeiro de 2012, como seguem:

IN RFB 1.234/12

Art. 2º Ficam obrigados a efetuar as retenções na fonte do Imposto sobre a Renda (IR), da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição para o PIS/Pasep sobre os pagamentos que efetuarem às pessoas jurídicas, pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços em geral, inclusive obras, os seguintes órgãos e entidades da administração pública federal:

I - os órgãos da administração pública federal direta;

1.7. Sobre as garantias à contratada em caso de inadimplência da contratante, constante também na Cláusula Quinta do Contrato, a licitante não possui razão, uma vez que segue exatamente o estipulado no ANEXO XI da Instrução Normativa nº 05, de 26 de maio de 2017:

Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano, mediante aplicação das seguintes fórmulas: $I = (TX/100) \times 365 \times EM$ onde: $I =$ Índice de atualização financeira; $TX =$ Percentual da taxa de juros de mora anual; $EM =$ Encargos moratórios; $N =$ Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento; $VP =$ Valor da parcela em atraso;

1.8. Quanto à garantia de execução, a impugnante alega que a garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, bem como o prazo exigido para sua apresentação ser exíguo, se baseando no princípio da razoabilidade. Novamente, a minuta de contrato seguiu o Termo de Referência que foi confeccionado em conformidade com a minuta da AGU. Especificamente, o percentual máximo permitido no Parágrafo 2º, Artigo 56, da Lei nº 8.666/93 é de cinco por cento do valor do contrato, o percentual estipulado, de três por cento, é discricionário da autoridade administrativa, baseada na importância do serviço a ser contratado e, provavelmente, pelo valor previsto da contratação. Ainda, sobre o prazo para entrega, ressaltamos que é o prazo padrão utilizado pela Administração, previsto na minuta da AGU, que em nenhuma hipótese se mostra exíguo, tendo sido cumprido em regra pelas empresas contratadas por este Ministério.

1.9. Sobre o reajuste, a impugnante solicita a adoção do IGP-DI, por se tratar de uma remuneração por preços. Observando que a minuta do contrato seguiu o estipulado no Termo de Referência, mas a adoção do ICT se deve pela necessidade da adoção de índices específicos ou setoriais que retratem a efetiva variação do custo, sendo o índice estabelecido pela Resolução ANATEL nº 532, de 03 de agosto de 2009, o índice setorial que aplicado no reajuste e atualização de valores associados à prestação dos serviços de telecomunicações, abordando inclusive o "Conjunto de rubricas contábeis de despesas das prestadoras" e a "Estrutura das Despesas de Referência e índices associados", concorde Anexos I e II da já citada Resolução.

2. Dessa forma, encaminhamos o processo a fim de subsidiar a decisão do senhor Pregoeiro, nos colocando à disposição.

3.19. Destarte, constata-se que não assiste razão aos questionamentos aventados pela impugnante, razão pela qual **nego provimento**.

h) ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE ATÉ 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO

3.20. Quanto à alegação da alternatividade de comprovação de capital ou patrimônio mínimo de até 10% do valor estimado pela Administração, alega a recorrente que as exigências previstas nos itens 8.8 e ss do Edital, que tratam da qualificação econômica afrontam o artigo 3, § 2º e 3º da Lei nº 8.666/93, que dispõe sobre alternatividade para o cumprimento da referida qualificação.

3.21. Alega que a previsão de alternatividade de comprovação da capacidade econômico - financeira se dá justamente no sentido de não tornar tal exigência um fator de impedimento de participação na licitação, requerendo a readequação dos itens em questão, de forma que possibilite a comprovação da qualificação econômico- financeira Alternativamente por meio de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não superior a 10%(dez por cento) do valor estimado da contratação.

3.22. Equivoca - se a recorrente quanto à interpretação do dispositivo legal mencionado, conforme se extrai do entendimento do ilustre mestre Jessé Torres, verbis:

“Se o objeto da licitação for compra para entrega futura, obra ou serviço, o ato convocatório poderá exigir (quer dizer, faculta - se à Administração incluir ou não exigência) ou capital mínimo, ou patrimônio líquido mínimo, ou a garantia referida no inciso III. A alternatividade que a conjunção “ou” sugere há de ser entendida em termos. Ordinariamente, as três exigências excluem - se reciprocamente, devendo o edital optar por uma delas. (grifo nosso)”
(Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública/Jesse Torres Pereira Junior –6. ed.rev. atual e ampl. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pag.378)

3.23. Nessa mesma linha de entendimento, a Súmula 275 do Tribunal de Contas da União, assim dispõe:

“Para fins de qualificação econômico - financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.”

3.24. Destacamos também trecho do Voto relator Ministro – Substituto Weder de Oliveira, no Acórdão 647/2014 – TCU – Plenário, citado no relatório do TC 003.594/2015 - 7

Não é por outra razão que a Súmula TCU 275/2012 oferece três opções visando à asseguarção de adimplemento do contrato a ser celebrado: capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias:

" SÚMULA Nº 275/2012

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços."Considerando a possibilidade de ocorrerem situações

como as exemplificadas anteriormente, no caso do pregão eletrônico 33/2013, com valor estimado de R\$ 37 milhões, valor expressivo, a CBTU agiria com mais prudência se tivesse adotado

uma das três opções facultadas pela Lei de Licitações, adicionalmente à comprovação por meio de índices.

(...)

16. No Relatório que deu origem ao Acórdão 1.214/2013 –TCU –Plenário, que tratou de proposições de melhorias nos processos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços continuados na Administração Pública Federal, o grupo de estudos integrado por servidores de diversos órgãos consignou, com relação à qualificação econômico-financeira, o seguinte:

(...)

85. No intuito de conhecer a abrangência das exigências de qualificação econômico-financeira nos processos licitatórios para contratação de serviços terceirizados foram consultados editais de vários órgãos federais e percebeu-se que, embora a legislação permita exigência maior, somente tem-se exigido a comprovação de patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação quando quaisquer dos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral são iguais ou inferiores a 1 (um).

86. Ocorre que, via de regra, as empresas não apresentam índices inferiores a 1 (um), por consequência, também não se tem exigido a comprovação do patrimônio líquido mínimo, índice que poderia melhor aferir a capacidade econômica das licitantes.

87. Por certo, este aparente detalhe, tem sido o motivo de tantos problemas com as empresas de terceirização contratadas que, no curto, médio e longo prazos, não conseguem honrar os compromissos assumidos com os contratantes.

3.25. Como se verifica, a escolha das opções facultadas por lei é um ato discricionário da Administração, não se verificando qualquer ilegalidade na opção de se exigir tão somente a comprovação do patrimônio líquido das licitantes que não tenham índices superiores a um, o que é vedado é a exigência de forma cumulativa, do capital mínimo mais patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado.

3.26. Conforme bem esclarece a própria recorrente, “ o patrimônio líquido é um indicador da saúde real e atual da empresa, enquanto o capital social , do ponto de vista contábil, é parte do patrimônio líquido ” e que sabidamente é a garantia mais frágil, conforme assevera Reynaldo Sant’Anna:

“lamentamos discordar da premissa de que o capital é uma garantia expressiva contra empresas economicamente fracas. É apenas uma delas, sabidamente a mais frágil. Trata-se de garantia relativa.(...). A aferição do suporte ou capacidade financeira de uma empresa depende muito mais do patrimônio líquido, do imobilizado técnico, dos ativos financeiros, da liquidez geral e imediata, do que propriamente do capital”.(2003, p.379 apud Jesse Torres, op. Citada)

3.27. Diante disso **nego provimento** ao pleito.

4. **DA DECISÃO**

4.1. Diante do exposto e, subsidiada pela área técnica demandante, **CONHEÇO DA IMPUGNAÇÃO**, uma vez que presente os requisitos de admissibilidade, e, em que pese se tratar de impugnação apócrifa, no mérito, com lastro nos posicionamentos levantados, **NEGO TOTAL PROVIMENTO**, decidindo pela IMPROCEDÊNCIA dos pedidos de impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 01/2018 interpostos pela empresa **OI S.A**, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.423.963/0001-11.

4.2. Cumpre informar que o Pedido de Impugnação, o **Despacho n.º 64/2018/CCONT/CGL/SAA/SE** e o **Despacho n.º 89/2018/CCONT/CGL/SAA/SE**, juntamente com

os demais documentos necessários para embasamento da tomada de decisão restam juntados ao processo eletrônico (SEI) com as devidas rubricas.

4.3. Importa consignar que os pedidos de impugnação e de esclarecimento, com as respectivas respostas, encontram-se disponibilizados no site do Ministério da Justiça no seguinte endereço eletrônico:

4.4. É a decisão.

HALISSON LUCIANO CHAVES AYRES DA FONSECA

Pregoeiro



Documento assinado eletronicamente por **HALISSON LUCIANO CHAVES AYRES DA FONSECA, Pregoeiro(a)**, em 12/06/2018, às 16:08, conforme o § 1º do art. 6º e art. 10 do Decreto nº 8.539/2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <http://sei.autentica.mj.gov.br> informando o código verificador **6552183** e o código CRC **C5755D1B**

O trâmite deste documento pode ser acompanhado pelo site <http://www.justica.gov.br/acesso-a-sistemas/protocolo> e tem validade de prova de registro de protocolo no Ministério da Justiça.