



CÂMARA MUNICIPAL DE CONTAGEM

ESTADO DE MINAS GERAIS

RESPOSTA A IMPUGNAÇÃO

PP N° 02/2019

PROCESSO N° 22/2019

Informo termos recebido a IMPUGNAÇÃO do Edital Pregão Presencial nº 02/2019 impetrado pela empresa **Telemar Norte Leste SA**, nos termos do Edital, item 3.1 “qualquer pessoa, inclusive licitante, poderá impugnar os termos do presente Edital até o 2º (segundo) dia útil antes da data fixada para recebimento das propostas, cabendo à Pregoeira decidir sobre a impugnação no prazo de 24 (vinte e quatro) horas”.

O documento de impugnação possui 12 páginas de argumentação sobre 4 pontos centrais, a saber:

ITEM 1 – “EXIGÊNCIA ABUSIVA”

A empresa TELEMAR NORTE LESTE SA requer a exclusão do item 4.3.4 do edital que veda a participação de empresas que “possuam como diretores, responsáveis técnicos ou sócios, servidor, empregado ou ocupante de cargo comissionado do Município de Contagem ou que tenham tido vínculo há menos de 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da publicação deste Edital”.

Neste tocante, insta destacar a inteligência do art. 9º da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 9º - 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



CÂMARA MUNICIPAL DE CONTAGEM

ESTADO DE MINAS GERAIS

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.

§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. (Sem grifo no original)

Verifica-se que o inciso III proíbe expressamente a participação na licitação de servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante responsável pelo certame. Também proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes.

Por oportuno, deve-se esclarecer que tal vedação alcança as contratações entre Prefeitos/Vereadores e a municipalidade e, por extensão, a sua participação em processos licitatórios.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONTAGEM

ESTADO DE MINAS GERAIS

Mesmo que haja delegação, os impedimentos para a contratação permanecem, visto que poderão estar presentes riscos do relacionamento pessoal produzir distorções incompatíveis com o princípio da isonomia.

O **impedimento** de participação em licitação, ou na execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens, é **aplicável** ao **servidor da entidade contratante** (*uma Prefeitura, por exemplo*), conforme regra contida no art. 9º, inciso III, da Lei de Licitações.

Dai porque **NÃO** se pode admitir que o **servidor público**, seja ele efetivo ou ocupante de cargo em comissão/função gratificada, firme **contratos** com o poder público, visto que **está impedido** até mesmo de participar da licitação.

De outro lado, note-se que a vedação diz servidor ou dirigente, não especificando se efetivo ou comissionado (ou função de confiança). Tem-se, portanto, que o vocábulo utilizado pelo legislador é de amplitude tal que seja capaz de abranger não somente os cargos em comissão e funções de confiança, como também os servidores efetivos. Quisesse fazer distinção entre os efetivos e àqueles ocupantes de cargo em comissão, certamente traria especificado dentro do corpo da lei essa diferenciação. Não o fez, devendo o impedimento estender-se a todos os servidores, sejam comissionados ou efetivos, inclusive àqueles que exercem função de confiança.

Aliás, sobre o tema ponderou Marçal Justen Filho:

“Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da MORALIDADE, sendo pressuposto necessário da lisura da licitação e contratação administrativa. A caracterização de participação indireta contida no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.

Neste mesmo sentido já se posicionou o Tribunal de Contas da União – TCU, com o seguinte teor:



CÂMARA MUNICIPAL DE CONTAGEM

ESTADO DE MINAS GERAIS

Não passa pela avaliação de saber se os servidores (...) detinham ou não informações privilegiadas para que esteja impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada.

Em outra *decisum*, também da Corte de Contas da União, entendeu-se que, apesar de o sujeito “*não ocupar cargo público ou função de confiança, ao representar como dirigente de um programa do Ministério, passou a exercer um múnus público que o obrigava a atuar de acordo com o interesse público e, conseqüentemente, o impedia de contratar com a Administração Pública.*

Há, ainda, outras decisões do TCU no sentido de tratar como impedidas de contratar com a Administração Pública ocupantes de **cargos comissionados/funções gratificadas**, bem como servidores em geral que, **MESMO QUANDO NÃO DESEMPENHAM TAIS CARGOS**, ostentam maior conhecimento do objeto licitado que os demais participantes:

A demissão do cargo em comissão ocupado por dirigente que participou diretamente da fase interna da licitação NÃO impede a incidência da vedação contida no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/93, uma vez que, embora perdendo a capacidade de influir no resultado da licitação, remanesce a vantagem do maior conhecimento acerca do objeto licitado em relação aos potenciais concorrentes. Como visto no relatório precedente, nesta representação aprecia-se irregularidade consistente na contratação de sociedade empresária cujo sócio-cotista era, à época da licitação, servidor do órgão licitante, o que configura violação ao art. 9º, inciso III, da Lei n.º. 8.666/1993.

(...).

5. A instrução da unidade técnica fundamenta-se em entendimento doutrinário e jurisprudencial para rejeitar os elementos de defesa. Conclui que a situação fática se subsume à hipótese vedada pela Lei de Licitações e independe da situação do servidor, se sócio-



CÂMARA MUNICIPAL DE CONTAGEM

ESTADO DE MINAS GERAIS

*cotista ou sócio-gerente. Afasta, também, o argumento relativo à procuração assinada em 6/6/2006 com base no documento acostado à fl. 51, o qual evidenciaria a **participação efetiva do responsável numa das contratações decorrentes dos certames acima mencionados.***

6. Pelos seus cristalinos argumentos, entendo procedentes as razões defendidas pela unidade técnica. Os fatos não deixam dúvidas acerca do vício de legalidade.

Frise-se, aliás, que há posição do Superior Tribunal de Justiça entendendo que, mesmo em caso de servidor licenciado, aplica-se a ele o impedimento de participação na licitação contido no art. 9º, inciso III, da Lei nº. 8.666/1993. Diz o precedente o seguinte:

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – EMPRESA – SERVIDOR LICENCIADO – ÓRGÃO CONTRATANTE.

Não pode participar de procedimento licitatório, a empresa que possuir, em seu quadro de pessoal, servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (Lei nº 8.666/93, artigo 9º, inciso III).

O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença.

Recurso improvido.

Logo, o fato de o servidor estar licenciado, à época da licitação, é irrelevante porque não deixou ele de ser funcionário da entidade pública, ou seja, continuou tendo vínculo com esta. Atenta contra o princípio da moralidade admitir a participação de servidor licenciado da administração, em licitação. Com isso, estaria sendo atingido o princípio da igualdade que deve imperar no certame.

Opino por negar provimento.



CÂMARA MUNICIPAL DE CONTAGEM

ESTADO DE MINAS GERAIS

ITEM 2 – “RETENÇÃO DE PAGAMENTO PELA CONTRATANTE”

A empresa **Telemar Norte Leste SA**, suscitando tratar-se de retenção indevida de pagamentos por serviços prestados, requer a modificação do item 12.5 do edital e da Clausula Quarta, parágrafo quinto da Minuta do Contrato que tem a seguinte redação: *“Nenhum pagamento será efetuado a contratada enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação que lhe for imposta em virtude de penalidades ou inadimplemento, sem que isso gere direito ao pleito de atualização financeira”*.

Refutamos tal requerimento, ao passo que a redação do item 12.5 não se caracteriza como retenção de pagamento, posto que o pagamento por serviços utilizados é, via de regra, feito sobre o valor total da respectiva fatura, não podendo esta ser paga de forma parcial, sob pena, inclusive, de incorrer em multa e juros moratórios. Ademais, o pagamento parcial do valor total da fatura, conforme propõe o impugnante, traria complexidade aos controles financeiros e administrativos, relacionados à quitação efetiva de serviços utilizados em determinado período pela contratante.

Por fim, insta destacar que cabe à contratada e não à contratante, a emissão das faturas por serviços efetivamente prestados de forma correta.

Opino por negar provimento.

ITEM 3 – “GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE”

A empresa **Telemar Norte Leste SA** requer a modificação do item 12.6 do edital e da clausula quarta, parágrafo sexto, da minuta do contrato, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

Denota-se que a impugnante propõe a inclusão de cláusula sobre aplicação de multa por atraso nos pagamentos, prática comum no mercado de prestação de serviços. Conforme Art. 54 da Lei 8.666/93 que estabelece aplicação supletiva da teoria geral dos contratos e disposições de direito privado (...) e Art. 66 da mesma lei que a inexecução dos termos



CÂMARA MUNICIPAL DE CONTAGEM

ESTADO DE MINAS GERAIS

contratados, responde cada uma pelas conseqüências disso (...) propõe-se pois a inclusão de cláusula.

Opino favoravelmente, pois a mesma situação corre com diversas concessionárias, empresas públicas ou privadas, tais como Correios, CEMIG, etc. que em caso de atrasos no pagamento cobram multa, juros e correção.

Opino por alterar a redação do item 12.6 do edital e também do parágrafo sexto da cláusula quarta da minuta de contrato, nos seguintes termos:

“Quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamentos provocados exclusivamente pela CONTRATANTE, desde que a CONTRATADA não tenha concorrido de alguma forma para tanto, o valor devido deverá ser acrescido de multa de 2% sobre o valor em atraso, juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGP-DI, nos termos da Portaria nº 1960, de 06/12/1996 do Ministério das Comunicações”, ou por outro índice que venha substituí-lo.”

ITEM 4 - “REAJUSTE DAS TARIFAS E DOS PREÇOS”

A empresa **Telemar Norte Leste SA** propôs a alteração do Edital para fins de utilização do índice IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas para fins de reajustamento dos preços de Serviço Móvel Pessoal (celular), regime de preços (privados) e não tarifas (concessão). Entretanto, o requerimento da impugnante não merece guarida, ao passo que o índice de reajuste contratual aplicável para serviços de telecomunicações resta definido expressamente na Resolução nº 532/2009 da ANATEL, qual seja o índice de serviços de telecomunicação – IST, conforme descrito no parágrafo primeiro da cláusula décima da minuta de contrato.

Desta forma, opino por não alterar o edital e a minuta de contrato, vez que o IGP-DI foi utilizado no período de 1998 a 2005, durante as concessões iniciais do sistema de telefonia, sendo posteriormente substituído pelo índice de serviços de telecomunicação – IST que é aquele eleito por nosso Edital para fins de reajustamento de preços, tudo em plena conformidade com o que dispõe a Resolução nº 532/2009 da ANATEL.



**CÂMARA MUNICIPAL DE
CONTAGEM**
ESTADO DE MINAS GERAIS

Opino por negar provimento.

Assim, considerando que os esclarecimentos e a alteração ora redigidos nesta resposta de impugnação **NÃO** interferem na formulação das propostas, entende-se que **NÃO** é razoável a remarcação da sessão da licitação com reabertura de todos os prazos. As respostas das Impugnações e/ou esclarecimentos aderem ao edital e seus anexos tal como se dele fizerem parte, vinculando a administração e os licitantes.

Contagem, 28 de maio de 2019.

**Érica Souza
Pregoeira**