



Serviço de Apoio às Micro e Pequenas
Empresas do Rio Grande do Norte

COMUNICADO II

PREGÃO N.º 09/2018 – SEBRAE/RN – CPL

A Comissão Permanente de Licitação do SEBRAE/RN comunica às empresas interessadas em participar do **PREGÃO PRESENCIAL N.º 09/2018 – SEBRAE/RN – CPL**, que após impugnação feita ao Edital, esta CPL decide da seguinte forma:

PRELIMINAR - DA NATUREZA JURÍDICA DO SEBRAE/RN

À priori, cumpre esclarecer que a natureza jurídica do SEBRAE/RN é semelhante à de qualquer outra pessoa de direito privado, sendo entidade associativa nos termos do Código Civil, atuando exclusivamente no setor privado em apoio a uma atividade de fomento, atividade que não está reservada à exclusividade do Estado, livre, portanto, a quem quer que pretenda desenvolvê-la, ainda que não o faça associadamente com o Poder Público.

Observemos, pois, que a lei realçou o caráter privado do SEBRAE e a sua sujeição à lei civil e não à norma de direito público. Portanto, o SEBRAE/RN não integra a Administração Pública direta ou indireta, nem é uma forma de descentralização do Estado, pois com este apenas coopera, a partir de fomento recebido diretamente da lei para cumprir finalidade privada de interesse público. Daí, possuir fisionomia própria e posição específica, instituída para atuar sob a égide da lei civil e mediante gestão privada.

Feita tal explanação, é relevante asseverar ainda que o Sistema SEBRAE, por orientação da Controladoria Geral da União, editou um Regulamento de Licitações e de Contratos próprio, aprovado através da Resolução CDN n.º 213/2011, com diretrizes distintas do que estabelece a Lei n.º 8.666/93, utilizando-a apenas subsidiariamente, isto é, naquilo que o citado Regulamento for omissivo.

Sendo assim, devemos ter em mente que as licitações promovidas pelo Sistema SEBRAE são detentoras de peculiaridades que as distinguem dos parâmetros legais estabelecidos pela Lei n.º 8.666/93.

Isto posto, passamos a analisar pontualmente os itens objeto da impugnação, senão vejamos:

1 – Da vedação de participação de licitantes em regime de consórcio.

RESPOSTA DA CPL: O Edital não impede a participação de empresas que estejam em regime de consórcio, pois se, de fato, quisesse incluiria expressamente em seus termos, como assegurado no art. 42 do Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE. Para tanto, basta observar o item 4, que delimita as condições de participação no certame. Sendo assim, tal item não merece acatamento.

2 – Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em Geral.

RESPOSTA DA CPL: De início, cumpre ressaltar que, de fato, há controvérsia jurídica quanto ao alcance da sanção administrativa de suspensão temporária de participação de licitação.

A este respeito, o Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE prevê em seu art. 31, inciso III, a possibilidade de suspensão do direito de licitar ou contratar com o Sistema Sebrae, por prazo não superior a 2 (dois) anos. Contudo, para dar maior segurança jurídica ao certame, estendeu-se a

abrangência para as empresas que estejam suspensas ou declaradas inidôneas por qualquer órgão da Administração Pública Direta ou Indireta, Federal, Estadual ou Municipal, além do próprio Sistema SEBRAE.

Em que pese o recente Acórdão nº 3.243/2012 – Plenário do Tribunal de Contas da União, tal assunto ainda é controverso tanto na doutrina quanto no próprio âmbito do TCU, o qual, no próprio Acórdão mencionado pela Impugnante, “reconheceu a existência de decisões destoantes”, em que venceu o entendimento de que tal penalidade deve alcançar toda Administração”.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a sanção de suspensão temporária impede o sancionado de licitar e contratar com toda a Administração Pública e não apenas aquele órgão ou entidade aplicador da sanção, tendo em vista que a administração é uma, sendo incabível a distinção entre administração e Administração Pública, senão vejamos:

EMENTA: ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- 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.**

- Recurso especial não conhecido. (REsp 151567 / RJ - SEGUNDA TURMA - STJ - Relator: Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Publicação: DJ 14/04/2003 p. 208.)

Embora a discussão da matéria não seja de cunho constitucional, convém citar decisão do Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal – STF, na qual destaca o posicionamento do STJ, *in verbis*:

[...] A doutrina e jurisprudência majoritárias são pacíficas quanto à extensão dos efeitos da declaração de inidoneidade a todos os órgãos Públicos, não se limitando, portanto, ao âmbito do Ente que aplicou a referida medida, sendo que **o Superior Tribunal de Justiça aplica esse entendimento até mesmo para a penalidade de suspensão, veja-se: ‘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’** (REsp 151.567/RJ, Relator: Ministro Peçanha Martins) ‘Como bem acentuado pela Insigne Subprocuradora- -Geral da República, Dra. Gilda Pereira de Carvalho Berger, não há ampliação punitiva ao direito da Recorrente, tão-somente a irrepreensível aplicação da letra da lei: ‘(...) verifica-se que a sanção de suspensão prevista no inciso II, do art. 87, na forma com que foi disposta, aplica-se a todo e qualquer ente que, componha a Administração Pública, seja direta ou indireta, mesmo porque esta se mostra una, apenas descentralizada para melhor executar suas funções:’ (fl. 189) **A Administração Pública é a acepção subjetiva de Estado-administrador e sua natureza executiva é única. Apenas as suas atribuições são distribuídas de forma descentralizada, para melhor gerir o interesse de**

sua comunidade. (STJ – RMS 9707/PR, Relatoria: Ministra Laurita Vaz)

[...] O eminente Procurador-Geral da República, autoridade apontada como coatora, ao declarar a inidoneidade da parte impetrante para licitar e/ou contratar com a União (e não apenas com órgãos integrantes do próprio Ministério Público da União), agiu na linha de orientação jurisprudencial firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 174.274/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, v.g.): “(...) - **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. Recurso especial não conhecido.**” (REsp 151.567/RJ, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – grifei) “I - A Administração Pública é uma, sendo, apenas, descentralizado o exercício de suas funções. II - A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º 8.666/93). Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos. III - Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal. IV - Recurso improvido.” (RMS 9.707/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ – grifei). Sendo assim, em face das razões expostas, com fundamento nos poderes processuais outorgados ao Relator da causa (RTJ 139/53 – RTJ 168/174), denego o presente mandado de segurança. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 07 de abril de 2014. Ministro CELSO DE MELLO Relator (MS 30947 DF. DJe-071 DIVULG 09/04/2014 PUBLIC 10/04/2014. Julgamento 7 de Abril de 2014. Relator Min. CELSO DE MELLO)

O reconhecido doutrinados Marçal Justen Filho adota o entendimento no sentido da repercussão subjetiva ampla da suspensão de licitar e contratar:

“Seria possível estabelecer uma distinção de amplitude entre as duas figuras. Aquela do inc. III produziria efeitos no âmbito da entidade administrativa que a aplicasse; aquela do inc. IV abarcaria todos os órgãos da Administração Pública. Essa interpretação deriva da redação legislativa, pois o inc. III utiliza apenas o vocábulo ‘Administração’, enquanto o inc. IV contém ‘Administração Pública’. No entanto, essa interpretação não apresenta maior consistência, ao menos enquanto não houver regramento mais detalhado. Aliás, **não haveria sentido em circunscrever os efeitos da ‘suspensão de participação de licitação’ a apenas um órgão específico. Se um determinado sujeito apresenta desvios de conduta que o inabilitam para contratar com a Administração Pública, os efeitos dessa ilicitude se estendem a qualquer órgão. Nenhum órgão da Administração Pública pode contratar com aquele que teve seu direito de licitar ‘suspense’.** A menos que lei posterior atribua contornos distintos à figura do inc. III, essa é a conclusão que se extrai da atual disciplina legislativa.” (FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11.ª edição, Dialética, 2005.)

Nesse sentido, se a empresa interessada em participar do certame esteja enquadrada nesta condição, certamente será inabilitada, pois está em condição vedada pela normativa que regulamenta as licitações no âmbito do Sistema SEBRAE. Sendo assim, tal item não merece acatamento.

3 – Pagamento via nota fiscal com código de barras.

RESPOSTA DA CPL: Destaque-se que a definição dos procedimentos relacionados à forma de pagamento encontra-se no âmbito do poder discricionário da Administração, atendidas as normas afetas à matéria. Entretanto, considerando que a irrisignação consiste na permissão de pagamento via nota fiscal com código de barras e que o Edital já prevê em seu item 14.1 que o pagamento dos serviços se darão por

meio de nota fiscal/fatura, entendemos inexistir qualquer controvérsia a ser dirimida sob este enfoque, já que a pretensão está inserta nos termos editalícios.

4 – Da razoabilidade na aplicação da multa.

RESPOSTA DA CPL: O Edital está confeccionado com base nas permissivas legais do Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE, que, em seu art. 32, institui que o inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas dará ao contratante o direito de rescindir unilateralmente o contrato, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório. No mais, a aplicação de penalidades só se operará mediante a garantia da ampla defesa e do contraditório, inclusive estando já de antemão asseguradas as condições que excluem tal imposição, como a constatação de motivo justo decorrente de fato superveniente. Por fim, a impugnação indica dois supostos itens do Edital (16.3 e 9.3), a respeito dos quais estaria discordando, contudo, os mesmos representam manifesto equívoco, pois não guardam qualquer relação do objeto do questionamento com o Edital em referência. Destarte, não há falta de razoabilidade alguma que desse ensejo ao acatamento deste item.

5 – Reajuste dos preços.

RESPOSTA DA CPL: Questiona-se sobre a vinculação do reajuste dos preços com base no Índice de Serviço de Telecomunicações – IST, garantindo-se que o mesmo ocorra com a periodicidade de 12 meses, com base na Resolução nº 420, de 25/11/2005. Inobstante ao exposto, cumpre ressaltar que a Resolução vigente para tal fim é a nº 532, de 3 de agosto de 2009, a qual revogou a Resolução nº 420, de 25/11/2005, e é a responsável pela normatização do Cálculo do Índice de Serviços de Telecomunicações – IST – Aplicado no Reajuste e Atualização de Valores Associados à Prestação dos Serviços de Telecomunicações. Assim, não há qualquer controvérsia a ser dirimida, já que o item 19.2 do Edital já prevê a concessão de reajuste do valor pactuado a cada período de 12 (doze) meses, contados da data da apresentação da proposta, aplicando-se a variação do Índice de Serviço de Telecomunicações – IST ou outro que eventualmente venha a substituí-lo. Com isso, tal item não merece acatamento.

6 – Solicitação de inclusão de previsão de penalidade por atraso de pagamento.

RESPOSTA DA CPL: Como o Edital e o contrato são elaborados unilateralmente pela Administração, ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta, não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração.

Nesse sentido o TCU já fixou entendimento por intermédio das Decisões nº 585/94 – Plenário, nº 197/97 – Plenário e nº 454/98, dos quais transcrevo os excertos abaixo:

Decisão nº 585/94 – Plenário “(...) h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário). (...)” (grifos nossos)

Decisão nº 197/97 – Plenário “(...) precaver-se, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, quanto à inclusão ou omissão de cláusulas que levem a situações economicamente lesivas à Administração, tais como a previsão de multas contra a própria Administração que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais. (...)”

Conforme salientou o Ministério Público, o pagamento de **multas contratuais, por atraso em pagamentos**, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o **ato, despido de amparo legal**, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...), resultante do somatório de diversas multas aplicadas na execução do contrato (...). Como

destacou o "parquet" especializado, a jurisprudência desta Corte, em situações análogas, acena para a devolução dos recursos indevidamente gastos. (...) Cumpre ressaltar questão referente ao **pagamento de multas** (subitem 4.6.3, f. 11/12), ocorrido em dois exercícios distintos, 1994 e 1995, **sem o devido amparo legal e contrariando jurisprudência firmada por este Tribunal** (Ata nº 45/90, Anexo XXII, Ata nº 60/90, Anexo VI, Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92-Plenário e Ata nº 44/94, Decisão nº 585/94-Plenário), impondo-se, portanto, a reposição dos valores impropriamente gastos.” (grifos nossos)

Decisão nº 454/98 – Plenário “(...) b) **quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos** e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício nº 412/94, procedente da 8ª SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC nº 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios adotados pela (...), determinou à entidade o seguinte: "... b. **não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos**, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, **além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos.**”(...)” (grifamos)

Sendo assim, tal item não merece acatamento.

7 – Da parte técnica

RESPOSTA DA CPL: Questiona-se sobre a necessidade de incluir no Termo de Referência a observação de que poderá ocorrer no pacote de “10Gb - acesso ilimitado” a redução de velocidade nos serviços para 100Kps quando atingido o limite do pacote. Inobstante ao exposto, cumpre ressaltar que tal informação já está implícita, visto que as operadoras têm que respeitar os padrões mínimos de qualidade definidos na regulamentação da ANATEL. (Fundamentação Legal: Arts. 21 a 23 da Resolução nº 575/2011 da Anatel).

Dado ao não acatamento da Impugnação, os termos editalícios permanecem inalterados, não havendo razão para desmarcar a sessão apazada para o próximo dia 01/11/2018, às 9 (nove) horas, na sede do SEBRAE/RN, situada a Av. Lima e Silva, 76, Lagoa Nova, Natal/RN, na Sala 01 do Setor de Capacitação Empresarial. Este comunicado será divulgado via Internet no site do SEBRAE/RN, endereço www.rn.sebrae.com.br, no link Licitações.

Natal(RN), 30 de outubro de 2018.

ELISÂNGELA DE ARAÚJO NOGUEIRA MELO
Presidente CPL