

**2º CADERNO DE PERGUNTAS E RESPOSTAS  
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 02/2013**

**PERGUNTA 01:** Sinalização PABX R2/ISDN: Da leitura do Edital e de seus anexos, surgiram dúvidas acerca da correta especificação técnica da sinalização dos Feixes E1, as quais precisam ser sanadas, sob pena de impossibilitar a correta formulação das propostas pelas licitantes. Define o ITEM 1.1 do termo de referência: “LOTE 1 Serviços locais atendidos por entroncamento digital E1 R2/ISDN, das localidades da Região II do Plano Geral de Outorgas - ANATEL, Brasília e Tocantins, descritas no Anexo A deste Termo de Referência.”(Grifo Nosso) Por sua vez o ITEM 5.9, diz; “5.9 Fornecer o serviço conforme a tecnologia utilizada pelos PABX da VALEC, em cada localidade.” Ora, da leitura dos itens acima citados não fica claro qual a sinalização correta que deverá ser disponibilizada pelas operadoras. Desta forma, o Edital leva os licitantes a acreditar que poderão ser fornecidos os feixes E1 na sinalização ISDN OU MFC R2. Solicitamos que seja esclarecido este ponto.

**RESPOSTA 01:** Ver novo Termo de Referência disponibilizado no Comprasnet conforme publicação do Diário Oficial da União, Seção III, de 04/04/2013, pág. 131.

**PERGUNTA 02:** ITEM 6 - DO PRAZO PARA INSTALAÇÃO DAS LINHAS E ENTRONCAMENTOS DIGITAIS E PARA ALTERAÇÕES DE CONFIGURAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA REDE. Ao analisar o presente Edital, percebe-se que o prazo para implantação e disponibilidade dos serviços é de até 30 (trinta) dias (item 6.1 do Termo de Referência) e 15 (quinze) dias para mudança de endereço (Item 6.2.3 do Termo de Referência). Os mesmos não se mostram razoáveis, tendo em vista que os serviços a serem prestados demandam a utilização de alta tecnologia, podendo ocorrer circunstâncias que podem impedir uma rápida implantação do serviço. Sendo assim, a fim de se respeitar a razoabilidade do prazo para execução dos serviços, uma vez que devem ser consideradas possíveis ocorrências de não fornecimento dos acessos físicos necessários ao provimento do serviço e/ou demais fatos técnicos imprevisíveis e capazes de afetar a execução inicial dos serviços a serem contratados, que de fato muitas vezes independem da atuação exclusiva da futura contratada, é essencial que seja adotado um prazo mais razoável e claro no Edital. Sugerimos um prazo de 60 (sessenta) dias para instalação e mudança de endereço dos Feixes E1, de forma que as PROPONENTES possam fornecer o serviço com qualidade exigida por este órgão. Nossa solicitação será atendida?

**RESPOSTA 02:** Ver novo Termo de Referência disponibilizado no Comprasnet conforme publicação do Diário Oficial da União, Seção III, de 04/04/2013, pág. 131.

**PERGUNTA 03:** Planilha de Formação de preços Lote 04 e Lote 05 – Fornecimento de Linhas diretas Não residenciais. Define o Lote 04: “Fornecimento de Linhas Diretas Analógicas na Região II Localidade: Anexo D, Brasília (DF), Anápolis (GO), Campinorte (GO), Estrela do Oeste (GO), Figueirópolis (GO), Goianira (GO), Indiará(GO), Jaraguá (GO), Juscelândia (GO), Ouro Verde (GO), Petrolina de Goiás (GO), Porongatu (GO), Rianápolins (GO), Santa Izabel (GO), Santa Helena do Goiás (GO), São Simão (GO), Uruaçu (GO), Agua

Boa (MT), Lucas do Rio (MT), Dourados (MT) Maracaju (MS), Nono Mundo (MS), Porto Murtinho (MS), Aguiarnópolis (TO) Alvorada (TO), Araguaína (TO), Colinas do Tocantins (TO), Figueirópolis (TO), Quaraí (TO), Gurupí (TO), Palmas (TO) e Porto Nacional (TO).” (Grifo Nosso) Define o Lote 05: “Fornecimento de Linhas Diretas Analógicas na Região I Localidade: Anexo E, Iturama (MG), Bom Jesus da Lapa (BA), Barra do Rocha (BA), Brumado (BA), Barreiras (BA), Caetité (BA), Correntina (BA), Guanambi (BA) Ilhéus (BA), Jequié (BA), Santa Maria da Vitória (BA). São Desidério (BA), Tinhaço (BA), Esteito (MA), Açailândia (MA) e Imperatriz (MA) ).” (Grifo Nosso) O Plano Geral de Outorgas (PGO) definiu as regiões e setores para concessões e autorizações de STFC (Serviço Telefônico Fixo Comutado), sendo que algumas operadoras não detêm de autorização ou concessão para prestação de STFC em determinadas Cidades/Municípios. Diante do exposto acima, solicitamos encarecidamente a separação dos lotes por cidade ou setor conforme define o Plano Geral de Outorgas (PGO). Esta medida visa a participação do maior número de empresas possíveis na disputa pelos serviços STFC ora licitados em cada unidade da VALEC.

**RESPOSTA 03:** Ver novo Termo de Referência disponibilizado no Comprasnet conforme publicação do Diário Oficial da União, Seção III, de 04/04/2013, pág. 131.

**PERGUNTA 04:** DA POSSIBILIDADE DE APRESENTAR CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA EM RELAÇÃO AOS DÉBITOS TRABALHISTAS. O Item 9.8, alínea “a” do Edital dispõe que deve ser apresentada prova de inexistência de débito inadimplido perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação da respectiva certidão negativa, porém, nada mencionou acerca da possibilidade de apresentar certidão positiva com efeitos de negativa. Sobre o tema da Certidão Negativa de Débitos Trabalhista, de início, vale salientar a modificação presente na Lei n. 8.666/93, trazida pela Lei n. 12.440/11, que acrescentou ao elenco dos requisitos de habilitação nas licitações a comprovação de regularidade trabalhista (art. 27, IV). Também foi incluído ao artigo 29, da Lei n. 8.666/93, o inciso V prevendo que a documentação relativa à regularidade trabalhista consistirá em 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 n. 5.452, de 1º de maio de 1943. É de suma importância observar que a própria Lei n.º 12440/2011 estabelece que a Certidão Positiva com efeitos negativos de Débitos Trabalhistas, é passível de surtir os mesmos efeitos da CNDT. In verbis: “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. (...) § 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.” No mesmo sentido, o Código Tributário Nacional já se manifestava anteriormente através do artigo 206, senão vejamos: “CAPÍTULO III Certidões Negativas Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido. Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição. Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança

executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.” Não restam dúvidas de que a legislação acolhe a Certidão Positiva com efeitos de Negativa como instrumento válido para retratar a regularidade do seu apresentante. Neste sentido, é importante ressaltar ainda que a necessidade de vinculação da atuação administrativa a texto de lei se aplica à licitação no sentido de “que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais” (Idem, p. 224). Importa dizer que todo ato e procedimento adotado deverá ter embasamento legal, sob pena de não poder compor a licitação. Cabe aqui colacionar o entendimento do TCU quanto à importância do princípio em questão: “O princípio constitucional mais importante, imanente a toda a atuação da Administração Pública, é o princípio da legalidade administrativa, segundo o qual a Administração só pode fazer ou deixar de fazer o que a lei autoriza ou define. A Administração deve sempre prestar obsequiosa reverência à lei, sobretudo em atos que gerem despesas administrativas.” (Acórdão 1472/2010 - Plenário). Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade é a pedra de toque de toda atividade administrativa, não se admitindo outra atuação por parte da Administração, exceto a estritamente legal. Desta forma, requer a alteração do item no Edital para que a Certidão Positiva com Efeito de Negativa também comprove a inexistência de débitos inadimplidos.

**RESPOSTA 04:** Não há a necessidade de alteração do referido item do Edital, uma vez que a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa possui os mesmos efeitos da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, conforme artigo 6º, § 2º da Resolução Administrativa nº 1470/2011 do Tribunal Superior do Trabalho. Dessa forma, a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa deve ser aceita na fase de habilitação da licitante, sendo apenas uma questão de nomenclatura, instituída pelo artigo 3º da Lei nº 12.440/2011 que alterou a Lei nº 8.666/93, conforme abaixo:

*Art. 3º O art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*“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.” (NR) (grifo do autor)*

Todavia, tendo em vista a republicação do Edital, foi alterada a redação da seguinte forma:

*9.8. Além dos documentos constantes do SICAF, a licitante classificada em primeiro lugar DEVERÁ apresentar os seguintes DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO:*

*a) Prova da Regularidade Trabalhista por meio de Certidão emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho, conforme o art. 27, inciso IV da Lei 8.666/93.*

**PERGUNTA 05:** EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO. O Item 9.8, alínea “e” do Edital determina que é requisito para a participação no pregão, o licitante que declarar a inexistência de fatos supervenientes impeditivos para a habilitação. Todavia, a exigência de o licitante declarar a inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação não tem respaldo

na Lei. Inicialmente, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, in verbis: “Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial. (...) § 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.” (grifo nosso) Com efeito, nos termos do §2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, é possível concluir a obrigatoriedade da parte declarar a superveniência de fato impeditivo. Em momento algum a Lei de Licitações exigiu ou autorizou o dever de declarar a ausência de fato impeditivo. Os arts. 34 e seguintes da Lei de Licitações permitem que os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações mantenham registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano. Por sua vez, cabe aos inscritos nos cadastros atualizarem permanentemente o registro (art. 36, § 1º). Ora, se o licitante apresenta todos os documentos e tem seu cadastramento em perfeita ordem, não há sentido em reafirmar, por declaração, que tem as condições para a habilitação. Portanto, não se pode inabilitar determinado licitante pela ausência de declaração de inexistência de fato superveniente impeditivo de sua habilitação, posto que tal exigência, além de não ter amparo legal, não faz qualquer sentido lógico. Como se sabe, a Contratada está obrigada a manter durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, consoante o inciso XIII do art. 55 da Lei 8.666/93. Assim, caso ocorra fato superveniente à contratação que impeça a sua habilitação, tal fato deverá imediatamente ser declarado à Administração. Sendo assim, a licitante requer a V. S. a exclusão do item ou sua adequação aos termos do parágrafo 2.º, artigo 32 da Lei n.º 8666/93.

**RESPOSTA 05:** Reza o item 9.8, alínea "e" do Edital que a licitante deverá apresentar, juntamente com os documentos de habilitação:

*“Declaração da inexistência de fatos supervenientes impeditivos à habilitação do licitante, nos termos do art. 32, § 2º da Lei nº 8.666/93, que deverá ser encaminhada no próprio sistema do Comprasnet;”*

**Não obstante, acerca da exigência da declaração da superveniência de fato impeditivo da habilitação é considerada legal pelo Tribunal de Contas da União, conforme se verifica do seguinte Acórdão:**

*A Seção III, arts. 34 a 37, da Lei nº 8.666/93, estabelece a manutenção de registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, pelos órgãos e entidades da Administração Pública. Faculta, ainda, as unidades administrativas da Administração utilizarem-se de registros cadastrais umas das outras. Na Seção II, Da Habilitação, o § 2º do art. 32 da LLC prevê que o registro cadastral, a que se refere o § 1º do art. 36, substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, no caso, o Sicafe (como explicitado no item 6 do edital), obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação. Portanto, a exigência é legal, o item válido e a alegação improcedente. Acórdão 2196/2008 Plenário (Relatório do Ministro Relator) (grifo do autor)*

**Cabe esclarecer que tal declaração é realizada no Sistema Comprasnet, por meio de senha do operador da licitante, obrigatoriamente, como**

condição imposta pelo sistema para cadastramento da proposta, antes mesmo da fase de habilitação.

A nomenclatura utilizada pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, órgão responsável pela manutenção e atualização do sistema é “*Declaração de Inexistência de Fato Superveniente*”, dessa forma, a licitante deverá realizar a declaração por exigência do próprio sistema, cujo teor é “*declara sob as penas da lei, que até a presente data inexistem fatos impeditivos para sua habilitação no presente processo licitatório, ciente da obrigatoriedade de declarar ocorrências posteriores.*”

Por fim, a *Declaração de Inexistência de Fatos Superveniente* se torna essencial para a administração pública, na medida em que a Comissão de Licitação ou mesmo o Pregoeiro não tem condições de ter conhecimento de todos os fatos impeditivos que uma licitante possua para participar do procedimento licitatório.

Quando a participante declara que não há fato impeditivo para sua habilitação, e, posteriormente se verifica que há fato impeditivo, a administração poderá sancioná-la. Dessa forma, a Declaração é medida de precaução e segurança para a administração pública.

**PERGUNTA 06:** EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO STFC. O Item 9.8, alínea “h” do Edital exige, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação do Contrato de Concessão, Permissão ou Termo de Autorização e as alterações subsequentes, subscritos pela Anatel para prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC. Porém, a apresentação dos Extratos dos Contratos de Concessão e Termos de Autorização celebrados com a Anatel para o STFC devidamente publicados no Diário Oficial da União são documentos hábeis para comprovar referida exigência editalícia. Ademais, deve-se levar em consideração que a íntegra desses documentos está disponível na página oficial da Anatel na rede mundial de computadores. Tal solicitação tem o intuito de dar celeridade ao processo licitatório, em função da diminuição significativa de documentos, bem como economicidade para as licitantes, tendo em vista o elevado número de páginas desses documentos e o alto custo das autenticações. Vale destacar, ainda, que é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal[1]. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante. [1] “Art. 37 (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (...)” (grifamos) Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista no item indicado, para que as licitantes possam apresentar os extratos do Contrato de Concessão ou do Termo de Autorização, ambos outorgados pela ANATEL, os quais são devidamente publicados no Diário Oficial da União.

**RESPOSTA 06:** Primeiramente, cumpre esclarecer que o edital não requer a apresentação do contrato, mas tão somente requer a apresentação de:

**9.8, alínea “h”:** *Documento que comprove possuir concessão ou autorização para prestar os serviços objetos deste Edital.*

Além disso, a área técnica solicitante dos serviços se manifestou da seguinte maneira:

*“Basta apresentar qualquer documento que comprove a concessão da prestação de serviços de telefonia fixa, junto à ANATEL. No caso de disponibilizados na rede mundial de computadores, imprimir e encaminhar juntamente com os documentos de habilitação.”*

**PERGUNTA 07:** PRAZO PARA A ENTREGA DAS NOTAS FISCAIS. O Item 10.1 do Termo de Referência determina que a Contratada deverá apresentar à Contratante as notas fiscais/fatura até 20 (vinte) dias, no mínimo, antes da data de vencimento. Ocorre que o referido prazo encontra-se em dissonância com os padrões estabelecidos pela ANATEL, conforme prescreve o artigo 80 do Regulamento de Serviço Telefônico Fixo Comutado, anexo à Resolução n.º 426/2005, aplicável também ao Serviço de Comunicação Multimídia (SCM): “A entrega do documento de cobrança ao assinante, por código de acesso, constituído de demonstrativo e fatura dos serviços prestados, deve ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes do seu vencimento.” No mesmo sentido, há previsão no artigo 44 do Anexo da Resolução n.º 477/2007. Desse modo, constata-se que o referido prazo estabelecido no instrumento convocatório encontra-se em desconformidade com os padrões estabelecidos pela ANATEL. Diante disso, requer-se a alteração do item indicado, a fim de que passe a constar o prazo de 5 (cinco) dias para a entrega das faturas.

**RESPOSTA 07:** *Conforme entendimento da área técnica solicitante dos serviços, “será mantido o prazo de 20 (vinte) dias antes da data de vencimento. A Resolução 426/2005 da ANATEL prevê a entrega da fatura em pelo menos 5 (cinco) dias do seu vencimento. Ocorre que devido aos procedimentos internos inerentes à VALEC, bem como a remessa dos documentos das demais localidades para a sede em Brasília, é necessário um maior prazo para o tratamento das faturas.”*

**PERGUNTA 08:** REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS: O Item 13.8 do Termo de Referência e item 8.8 da Cláusula Oitava da Minuta do Contrato preveem exigência a contratada que, durante o período de vigência do contrato, deverá informar todos os preços e vantagens ofertados no mercado. No entanto, a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu cumprimento pela Contratada. A manutenção desta exigência poderá restringir a participação de maior número de licitantes, posto que as mesmas, a partir da publicação dos Editais, elaboram suas propostas de acordo com as características e condições daquele órgão licitante. Portanto, a imposição de repasse de preços e vantagens concedidos ao mercado em geral a um determinado órgão público é injustificada, pois o Contratante, comparativamente aos demais usuários, possuirá condições de contratação distintas, como, por exemplo, perfil de tráfego. Saliente-se que segundo o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, dentre os quais, sem dúvida, destaca-se o tratamento isonômico entre os usuários. O princípio da isonomia constitui em tratamento igual a todos os interessados. É condição essencial para garantir competição em todos os procedimentos licitatórios. A

obrigatoriedade da aplicação do princípio é reiterada no art. 3º da Lei n.º 8.666/93. A isonomia se configura como uma manifestação diretamente relacionada com o interesse coletivo. A ampliação da disputa significa a multiplicação de ofertas e a efetiva competição entre os agentes econômicos. Como decorrência da disputa, produz-se a redução dos preços e a elevação da qualidade das ofertas, o que se traduz em contratações mais vantajosas para a Administração. Assim, as exigências contidas no instrumento convocatório devem ser interpretadas à luz do princípio da isonomia, de forma que não se admite a discriminação arbitrária, produto de interferências pessoais e subjetivas do administrador. Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União: “Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, caput, da Lei no 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir não só à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, e também a observância do princípio constitucional da isonomia.” (Acórdão n.º 1631/2007, Plenário) Portanto, a exigência de repasse dos descontos e vantagens conferidos pela Contratada ao mercado em geral viola o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como se sabe, a Administração Pública tem o direito de acrescentar cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, porém de forma alguma pode ocorrer a concepção autoritária do Estado. Portanto, a Administração Pública tem que ter cautela ao estipular cláusulas exorbitantes, para que não cause prejuízo a ela mesma, vez que tal exigência conduz à redução do universo dos particulares dispostos a contratar com a Administração Pública. Ademais, a Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) veda os subsídios entre modalidades de serviços e segmentos de usuários. Por sua vez, o art. 50 do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução da ANATEL n.º 73/98 e alterado pela Resolução n.º 343/2003, determina que: “Art. 50. Os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.” Por óbvio, vê-se que tanto a Lei Geral de Telecomunicações como o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações vedam o repasse indiscriminado de descontos conferidos ao mercado em geral. Ressalte-se ser impossível a previsão, ainda que estimada, quanto aos descontos e promoções futuras naturalmente oferecidas aos usuários, além da já mencionada diferenciação das premissas e condições de prestação do serviço aos diferentes usuários. Sendo assim, não se pode afirmar que o oferecimento de descontos e vantagens aos usuários em geral será realizado nas mesmas condições comerciais enquadradas no ajuste a ser firmado com a Administração no presente instrumento. Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer sejam modificado os itens, para que se exijam que a Contratada apenas repasse os descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da Contratante, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos do que o Plano de Serviços constante do contrato, desde que devidamente homologados pela ANATEL.

**RESPOSTA 08:** Ver novo Termo de Referência disponibilizado no Comprasnet conforme publicação do Diário Oficial da União, Seção III, de 04/04/2013, pág. 131.

**PERGUNTA 09:** Das penalidades excessivas. O Item 14.5.2, incisos IV e V do Termo de Referência e item 14.1.2, incisos IV e V da Cláusula Décima Quarta da Minuta do Contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29

de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública. O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema: “Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente”<sup>1</sup> (grifo nosso) 1 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.) Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o quantum a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei nº 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”. Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade. A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (Geeignetheit), necessidade (Notwendigkeit) e proporcionalidade em sentido estrito (Verhältnismäßig im engeren Sinn). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens. Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma: “Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.”<sup>2</sup> (grifo nosso) 2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38. No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método. Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em

sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade.

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público. Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade. Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.” (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o quantum referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade. Por todo o exposto, requer a adequação dos itens indicados, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

**RESPOSTA 09:** Ver novo Termo de Referência disponibilizado no Comprasnet conforme publicação do Diário Oficial da União, Seção III, de 04/04/2013, pág. 131.

**PERGUNTA 10: REALIZAÇÃO DO PAGAMENTO MEDIANTE FATURA COM CÓDIGO DE BARRAS.** O Item 16.3 do Termo de Referência e item 6.3 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato estabelecem que o pagamento será efetuado através de ordem bancária, para crédito em banco, agência e conta-corrente indicados pela Contratada. 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, como é o caso da ANATEL. Como é cediço, o SIAFI é um sistema informatizado que controla a execução orçamentária, financeira, patrimonial e contábil dos órgãos da Administração Pública direta federal, das autarquias, fundações e empresas públicas federais e das sociedades de economia mista que estiverem contempladas no orçamento fiscal e (ou) no orçamento da seguridade social da União. Assim, as unidades gestoras registram seus documentos (empenho, ordem bancária etc.) e o SIAFI efetua automaticamente todos os lançamentos contábeis necessários para se ter conhecimento atualizado das receitas, despesas e disponibilidades financeiras do Tesouro Nacional. Com efeito, esse sistema de faturamento e cobrança, o qual permite o

reconhecimento rápido e eficiente do pagamento, é baseado em código de barras. 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 dos itens indicados, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento.

**RESPOSTA 10:** *Conforme entendimento da área técnica solicitante dos serviços “os pagamentos da VALEC são realizados por meio de ordem bancária (OB), porém quando tratar-se de fatura com código de barras, a própria OB faz a quitação da mesma”.*

**PERGUNTA 11:** DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA. O Item 16.4 do Termo de Referência e item 6.4 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato preveem que somente podemos emitir notas fiscais no CNPJ da proponente. A mencionada exigência, no entanto, não encontra previsão legal e, além disso, se mostra ofensora a prescrições licitatórias e tributárias. Vejamos. Inicialmente, vale destacar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, não pode o administrador furtar-se ao cumprimento da lei. Mais que isso, sua liberdade de ação deverá ser balizada inexoravelmente por texto legal. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (2011, p. 108) define com clareza que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com isso, verifica-se que a liberdade administrativa diferencia-se da civil por ser positiva, ou seja, a lei define claramente os limites da atuação do administrador, enquanto a segunda é negativa, sendo legal todas as ações que não contrariem a lei. Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação do domicílio ou da sede. Portanto, cabe à proponente a alternativa na apresentação de um ou outro, ou seja, tem a licitante a prerrogativa, autorizada em lei, de apresentar documentação da sua filial ou da matriz. Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já se manifestou afirmando “[...] que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ.” (Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário). Vale salientar que matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e a filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica (TCU, Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário). Por isso, não há óbice em o estabelecimento matriz ter sido habilitado e a filial entregar os produtos/serviços contratados. Entretanto, no que concerne à questão tributária, a

diferenciação matriz/filial assume relevância. Isto porque, sendo os serviços de telecomunicação tributados por ICMS (art. 155, II, da CF/88), imposto estadual, cada filial é contribuinte no Estado em que domiciliada. Melhor explicando: não obstante o CNPJ da matriz conste da Fatura apresentada, mensalmente, à Administração Pública, as notas fiscais, em atendimento à legislação que regula o recolhimento dos tributos incidentes sobre os serviços prestados (telecomunicação), são emitidas em cada local da prestação do serviço. Assim, uma vez que o ICMS é incidente sobre a prestação de serviços de telecomunicações e sendo esse um tributo de competência estadual, em cada Estado onde o serviço de telecomunicações é prestado pela Oi, se dá a emissão da nota fiscal correspondente, razão pela qual as notas fiscais são emitidas pelas filiais. Diante do exposto, ao emitir a nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela Oi - Matriz, a Oi nada mais faz do que cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei n. 8.666/93 que, como se vê aqui, igualmente encontra-se observada em sua íntegra. Assim, frise-se, não obstante a participação da proponente no certame licitatório se dê com apresentação de seus documentos da matriz OU da Filial, na forma do artigo 29 da Lei n. 8.666/93, as notas fiscais devem ser emitidas no CNPJ da filial do local onde é prestado o serviço, pois é este estabelecimento, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, o contribuinte de ICMS para o Estado. Diante do exposto, requer a alteração dos itens indicados para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato possa ser firmado pela matriz na forma do art. 29 da Lei n. 8666/93.

**RESPOSTA 11:** *Conforme entendimento da área técnica solicitante dos serviços, “como a licitação será realizada em lotes, fica facultado à licitante, participar do certame com o CNPJ da matriz ou filial, não sendo permitida a concorrência de ambas no mesmo lote. A emissão das notas fiscais deverá conter o mesmo CNPJ apresentado pela vencedora do certame”.*

**PERGUNTA 12:** PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL. Os Itens 16.5 e 16.6 do Termo de Referência e itens 6.5 e 6.5.1 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato - dispõem que “no caso de fatura emitida com erro, esta será devolvida ao fornecedor, para as necessárias correções, com as informações que motivaram sua rejeição, contando-se o prazo para pagamento da data de sua reapresentação”. Ou seja, o instrumento convocatório determina que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção. Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura. Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa. Ademais, cabe citar a Instrução Normativa n.º 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que determina no artigo 34-A (incluído pela Instrução Normativa MP n.º 3, de 15/11/2009) que o Governo Federal não pode reter pagamento mesmo quando houver descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação, condicionando apenas a necessidade dos serviços estarem sendo prestados. In verbis: “Art. 34-A: O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das

condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento. Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou incapacidade da empresa de corrigir a situação.” Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não. Diante disso, requer a adequação dos itens mencionados, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

**RESPOSTA 12:** *Conforme entendimento da área técnica solicitante dos serviços, “no caso de fatura emitida com erro, a VALEC terá o direito de contestar os débitos contra ela lançados pela Contratada, não se obrigando a pagamento dos valores que considere indevidos. Nos casos dos valores pagos indevidamente, estes deverão ser restituídos no próximo documento de cobrança ou outro meio indicado por esta VALEC, conforme artigos 96 e 98 da Resolução 426/2005 da ANATEL. Com relação à regularidade fiscal, a Contratada deverá manter, durante toda a execução do contrato, compatibilidade com as obrigações assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. A contratada deverá estar com a documentação fiscal e de seguridade social com prazos de validade vigentes, e conforme o caso, confirmados “on line” no SICAF. Constatada alguma irregularidade, a Contratada será advertida por escrito, no sentido de regularizar a situação. Essas penalidades não excluem multas previstas no edital e no contrato e demais cominações legais, em especial as estabelecidas na Lei 8.666/93”.*

**PERGUNTA 13:** Da previsão de penalidade por atraso de pagamento. O Item 16.7 do Termo de Referência e item 6.6 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato estabelecem hipótese de penalidade por inadimplemento da contratante fora dos parâmetros razoáveis. Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”. Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária. Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta. Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar

para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada. Pelo exposto, faz-se necessária a alteração de item no Edital referente ao ressarcimento pelo atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, 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.

**RESPOSTA 13:** Conforme entendimento da área técnica solicitante dos serviços, “a fórmula foi baseada na Instrução Normativa MPOG nº 02 de 30 de abril de 2008, artigo 36, parágrafo 4º”.

**PERGUNTA 14:** Da suspensão ou retenção do pagamento por falta de comprovação da regularidade fiscal. O Item 16.9 do Termo de Referência e item 6.8 da Cláusula Sexta da Minuta do Contrato determinam que A VALEC não fará nenhum pagamento à contratada antes de pagas ou relevadas (remissas) as multas que porventura lhe tenham sido aplicadas. Entretanto, o art. 87 da Lei de Licitações define rol taxativo de sanções aplicáveis à Contratada, prevendo a hipótese de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, impedimento de contratar com a Administração e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. Não obstante, não consta em nenhum momento a previsão de retenção dos pagamentos. Nesse sentido, deve-se impedir que o Edital imponha à Contratada medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade. Dessa forma, pode-se afirmar que a exigência editalícia em comento não tem razão de ser, sendo impossível promover a retenção dos pagamentos como sanção. É nesse sentido o entendimento do STJ: “ADMINISTRATIVO. CONTRATO. ECT. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE MANTER A REGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DO PAGAMENTO DAS FATURAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A exigência de regularidade fiscal para a participação no procedimento licitatório funda-se na Constituição Federal, que dispõe no § 3º do art. 195 que “a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”, e deve ser mantida durante toda a execução do contrato, consoante o art. 55 da Lei 8.666/93. 2. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração poderá atuar tão-somente de acordo com o que a lei determina. 3. Deveras, não constando do rol do art. 87 da Lei 8.666/93 a retenção do pagamento pelo serviços prestados, não poderia a ECT aplicar a referida sanção à empresa contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Destarte, o descumprimento de cláusula contratual pode até ensejar, eventualmente, a rescisão do contrato (art. 78 da Lei de Licitações), mas não autoriza a recorrente a suspender o pagamento das faturas e, ao mesmo tempo, exigir da empresa contratada a prestação dos serviços. 4. Consoante a melhor doutrina, a supremacia constitucional ‘não significa que a Administração esteja autorizada a reter pagamentos ou opor-se ao cumprimento de seus deveres contratuais sob alegação de que o particular encontra-se em dívida com a Fazenda Nacional ou outras instituições. A administração poderá comunicar ao órgão competente a existência de crédito em favor do particular para serem adotadas as providências adequadas. A retenção de pagamentos, pura e simplesmente, caracterizará ato abusivo, passível de ataque inclusive através de mandado de segurança.’ (Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, Editora Dialética, 2002, p. 549). 5. Recurso especial a

que se nega provimento.” (REsp 633.432/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 20/06/2005, p. 141). Ademais, cabe citar a Instrução Normativa n.º 2/08 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que determina no artigo 34-A (incluído pela Instrução Normativa MP n.º 3, de 15/11/2009) que o Governo Federal não pode reter pagamento mesmo quando houver descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação, condicionando apenas a necessidade dos serviços estarem sendo prestados. In verbis: “Art. 34-A: O descumprimento das obrigações trabalhistas ou a não manutenção das condições de habilitação pelo contratado deverá dar ensejo à rescisão contratual, sem prejuízo das demais sanções, sendo vedada a retenção de pagamento se o contratado não incorrer em qualquer inexecução do serviço ou não o tiver prestado a contento. Parágrafo único. A Administração poderá conceder um prazo para que a contratada regularize suas obrigações trabalhistas ou suas condições de habilitação, sob pena de rescisão contratual, quando não identificar má-fé ou incapacidade da empresa de corrigir a situação.” Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal citado. Frise-se que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade. Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação dos itens indicados, para que não condicionem o pagamento à comprovação da regularidade fiscal da Contratada.

**RESPOSTA 14:** Conforme entendimento da área técnica solicitante dos serviços, “o item 16.9 do Termo de Referência trata da multa contratual e não do caso disposto pela licitante, referente à regularidade fiscal. Já o disposto no subitem 14.5.2.2 do Termo de Referência informa que, se a garantia prestada for inferior ao valor da multa, a Contratada, além de perder o valor da garantia, responderá pela diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela VALEC”.

Brasília, 04 de abril de 2013.

**MARIA CECÍLIA MATTESCO GOMES DA SILVA**

**Pregoeira**