

atualização, em decorrência dos frequentes estudos de aperfeiçoamento realizados por este órgão, cumpre fazer algumas ressalvas, para adaptar a minuta do presente processo às diretrizes atuais.

39.1. No tocante às penalidades, em especial o que prevê a letra b do item 11.2.4. (= multa compensatória), em cumprimento ao princípio da proporcionalidade que vigora na aplicação das penas – das penais às administrativas -, urge que a multa compensatória além de ser maior que a imposta por inadimplemento parcial do contrato, deve ser elevada a ponto de efetivamente compensar o inadimplemento total do contrato. **Com efeito, o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor total da contratação, sem sombra de dúvidas não compensará os prejuízos advindos da inexecução total de contrato que prevê valores elevados como o presente.**

39.2. Sugerimos a inclusão dos seguintes subitens no tópico 11 – DAS INFRAÇÕES E DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS:

Também ficam sujeitas às penalidades de suspensão de licitar e impedimento de contratar com o órgão licitante e de declaração de inidoneidade, previstas no subitem anterior, as empresas ou profissionais que, em razão do contrato decorrente desta licitação:

- tenham sofrido condenações definitivas por praticarem, por meio dolosos, fraude fiscal no recolhimento de tributos;
- tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;
- demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

39.3. É imprescindível que o Termo de Referência seja aprovado expressamente pela autoridade responsável (fl. 98).

39.4. Ademais, no que diz respeito às Especificações Técnicas relacionadas ao Termo de Referência, cabe destacar:

1. não existem os itens 12.6. e 12.7. na Especificação Técnica 01/TEL/2008 conforme mencionado nos apêndices de I a III: fls. 112, 113 e 114;
2. não existem os itens 12.6. e 12.7. na Especificação Técnica 04/TEL/2008 conforme mencionado nos apêndices de I a III: fls. 143, 144 e 145;

3. Especificação Técnica 03/TEL/2008: **pendente.**

39.5. Devem ser analisadas e compatibilizadas todas as cláusulas (prazos, penalidades, etc.) que venham a se repetir no Edital, na Ata de Registro de Preços e no Contrato.

39.6. O termo de referência, no mais, satisfaz os requisitos legais mínimos, ressaltando-se que apenas os aspectos jurídicos da referida peça foram objeto de exame.

■ **MINUTA DE EDITAL**

40. No que tange à minuta de edital de fls. 1801207, cumpre ressaltar SRPV adotou o Modelo de Edital deste NAJ/SP. Todavia, tratando-se de um modelo em constante atualização, em decorrência dos frequentes estudos de aperfeiçoamento realizados por este órgão, cumpre fazer algumas ressalvas, para adaptar a minuta do presente processo às diretrizes atuais

40.1. Sugerimos a inclusão de mais um no Tópico 3 – DAS CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO, nos seguintes termos:

3.2.8. Quaisquer interessados que se enquadrem nas vedações previstas no artigo 9º da Lei nº 8.666, de 1993.

40.2. Sugerimos a inclusão de mais um item no Tópico 8 – DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS, nos seguintes termos:

O Pregoeiro poderá solicitar ao licitante que envie imediatamente documento contendo as características do material ofertado, tais como marca, modelo, tipo, fabricante e procedência, além de outras informações pertinentes, a exemplo de catálogos, folhetos ou propostas, por meio eletrônico, ou, se for o caso, por outro meio e prazo indicados pelo Pregoeiro, sem prejuízo do seu ulterior envio pelo sistema eletrônico, sob pena de não aceitação da proposta.

40.3. *Com referência à exigência contida na linha “d” do item 2.2, cumpre ressaltar que no Edital deve ser definida qual a documentação necessária para atender à exigência da regularidade para com a Fazenda Estadual ou Municipal, ou ambas, de acordo com o objeto da licitação. Por exemplo: quando se tratar de compra, tal exigência deve se ater à Fazenda Estadual, em razão da*

incidência de ICMS.

248
P

40.4. Ademais, considerando que os objetos licitados são "comuns" e de entrega imediata, há que se observar o que dispõe o artigo 32, §1º da Lei nº 8.666/93, de modo que pode ser dispensada a documentação relativa a qualificação econômico-financeira, no todo ou ao menos em parte. Em verdade, cabe a Administração examinar, caso a caso, se o objeto da contratação demanda tais exigências, de acordo com o seu vulto e/ou peculiaridades. Vale lembrar que para as contratações de pequeno porte, ou que não englobem obrigações futuras do fornecedor, exigências de qualificação econômica e técnica demasiadas poderão prejudicar a competitividade do certame. Por essa razão, é indispensável avaliação técnica sobre o assunto.

40.5. Sugerimos a inclusão de mais um subitem ao item 9.5. nos seguintes termos:

9.5.2. O licitante obriga-se a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.

40.6. Não há previsão de garantia. Entretanto alguns itens a serem adquiridos são de valor elevado e mesmo os itens de baixo valor, quando comprados em grande quantidade, acabam tendo um impacto financeiro significativo. Portanto, é de bom alvitre se analisar, caso a caso, contratação por contratação, a exigência ou não de garantia. Para tanto, segue a sugestão das cláusulas regulamentando a garantia:

▪ **DA GARANTIA**

○ **Nota explicativa: Fica a critério da Administração exigir, ou não, a garantia. Se a opção for pela garantia, incluir o item no Edital.**

• **Será exigida a prestação de garantia pela fornecedora, como condição para a celebração do contrato, no percentual de XX% (XXXX por cento) do valor total do contrato, optando por uma das seguintes modalidades:**

• **Nota explicativa: Conforme o disposto no artigo 56, da Lei nº 8.666/93, o percentual da garantia não poderá exceder a 5% do valor do contrato.**

• **Caução em dinheiro ou títulos da dívida pública;**

||

249
U

a Seguro-garantia; ou

a Fiança bancária.

a No caso de caução em dinheiro, o depósito deverá ser efetuado na Caixa **Econômica** Federal, agência nº XXXX, conta nº XXXX, mediante depósito identificado a crédito de XXXX.

a **Nota explicativa: A obrigatoriedade de depósito na Caixa Econômica Federal decorre do artigo 1º, IV, do Decreto-lei nº 1.737, de 1979.**

a Caso a opção seja por utilizar títulos da dívida pública, estes devem ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados pelos seus valores **econômicos**, conforme definido pelo Ministério da Fazenda.

a A garantia, se prestada na forma de fiança bancária ou seguro-garantia, deverá ter validade durante a vigência do contrato.

a No caso de garantia na modalidade de fiança bancária, deverá constar expressa renúncia do fiador aos benefícios do artigo 827 do Código Civil.

a No caso de alteração do valor do contrato, a garantia deverá ser readequada nas mesmas condições.

a Se o valor da garantia for utilizado, total ou parcialmente, pela Contratante, para compensação de prejuízo causado no decorrer da execução contratual por conduta da Contratada, esta deverá proceder a respectiva reposição no prazo de XX (XXXX) dias úteis, contados da data em que tiver sido notificada.

a Após a execução do contrato, constatado o regular cumprimento de todas as obrigações a cargo da Contratada, a garantia por ela prestada será liberada ou restituída e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente, deduzidos eventuais valores devidos a Contratante.

7. **Em relação ao prazo de pagamento estipulado no item 22.1. observamos que, nos termos do artigo 36, §3º, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 2, de 30 de abril de 2008, o prazo máximo padrão para o pagamento, nas contratações de serviços, é de 5 (cinco) dias úteis, após a apresentação da Nota Fiscal/Fatura devidamente atestada. Sugerimos a adoção de tal prazo parâmetro para todas as contratações públicas, inclusive compras e obras. O referido diploma normativo admite, todavia, a previsão de regra contratual diversa, situação esta que nos parece ser reservada a hipóteses excepcionais, em que a complexidade ou vulto da contratação exija prazo de pagamento dilatado.**

^

40.8. Sugerimos a inclusão de mais um item no Tópico 22 – DO PAGAMENTO, nos seguintes termos:

- A Contratante não se responsabilizará por qualquer despesa que venha a ser efetuada pela Contratada, que porventura não tenha sido acordada no contrato.

40.9. Sugerimos a inclusão de mais um item no Tópico 25 – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS, nos seguintes termos:

- Em caso de divergência entre disposição do **Edital** e das demais peças que compõem o processo, prevalece a previsão do Edital.

40.10. Devem ser analisadas e compatibilizadas todas as cláusulas (prazos, penalidades, etc.) que venham a se repetir no Termo de Referência, na Ata de Registro de Preços e no Contrato.

• ATA DE REGISTRO DE PREÇOS

41. Nota-se que o órgão interessado adotou o modelo de Ata de Registro de Preços elaborado por este **NAJ/SP**, atitude esta louvável. Todavia, tratando-se de um modelo em constante atualização, em decorrência dos frequentes estudos de aperfeiçoamento realizados por este órgão, cumpre fazer algumas ressalvas, para adaptar a minuta do presente processo as diretrizes atuais.

41.1. Com relação à Garantia valem as observações **tecidas** no item 40.6 deste Parecer.

41.2. Com relação ao prazo para pagamento valem as observações **tecidas** no item 40.7 deste Parecer.

41.3. Sugerimos a inclusão de mais um item na Cláusula Décima Segunda – DO PAGAMENTO, nos seguintes termos:

- A Contratante não se responsabilizará por qualquer despesa que venha a ser efetuada pela Contratada, que porventura não tenha sido acordada no contrato.

41.4. Devem ser analisadas e compatibilizadas todas as cláusulas (prazos, penalidades, etc.) que venham a se repetir no Termo de Referência, no Edital e no Contrato.

252

U

▪ CONTRATO

42. Nota-se que o órgão interessado **NÃO** adotou o modelo de Contrato elaborado por este NAJ/SP. Assim, em relação à minuta do contrato encartada pela Administração, às fls. 2251233, apresentamos as considerações que seguem:

42.1. O órgão assessorado deverá preencher todos os espaços em branco existentes no Contrato, referentes às cláusulas que já tenham sido preenchidas no Edital ou no Termo de Referência, tomando o extremo cuidado para que **não** haja modificação.

42.2. Cabe destacar, igualmente, que a Contratada é responsável:

- pelos danos causados diretamente à Administração Pública ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo esta responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado;
- pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; e,
- pela manutenção, durante toda a execução do contrato, de ***todas*** as condições de habilitação e qualificação **exigidas** na licitação.

42.3. No caso, detectamos uma incompatibilidade entre o Contrato e o Edital. Com efeito, enquanto o primeiro exige a garantia na cláusula 6ª o segundo dispensa a prestação de garantia no item 16.1. Aliás, somos favoráveis à prestação in *casu* da garantia conforme exposto no item 40.6. deste Parecer, cujas cláusula sugeridas no referido item observamos ser de bom alvitre serem repetidas no contrato

42.4. Dessa forma, deverá o **Órgão** assessorado também tomar o extremo cuidado para que não exista incompatibilidade entre as cláusulas Contratuais e as cláusulas do Termo de Referência, do Edital e da Ata de Registro de Preços.

42.5. **Ressaltamos, finalmente que é de bom alvitre que exista instrumento de contrato, analogicamente ao que se exige para os casos de tomada de preços, na hipótese de contratações que extrapolem o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), com a ressalva do §**

4º do mesmo artigo, *verbis*:

4º É dispensável o "termo de contrato" e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, nos casos de compra com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.

CONCLUSÃO

Frise-se, finalmente, que é conveniente promover uma revisão de todas as disposições da minuta do Edital e seus Anexos, com o fito de verificar a uniformidade entre esses documentos (obviamente, naquilo em que deve haver reprodução integral do mesmo texto), posto que, embora este Núcleo tenha identificado algumas discrepâncias, pode ter restado, ainda, algum ajuste a fazer.

Em face do exposto, opinamos, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, **por ora, pela impossibilidade de prosseguimento do procedimento**, enquanto não forem saneadas as ressalvas e analisadas as sugestões apresentadas neste parecer. Ressalte-se, porém, que o presente parecer se limita à análise jurídica da fase interna do processo licitatório, recomendando-se, em sua fase externa, o atendimento integral ao edital e ao disposto na legislação.

Após o cumprimento destas determinações o presente processo de licitação poderá ter seguimento, sem nova manifestação do NAJ/SP, por atender à legalidade.

A consideração do Coordenador do NAJISP.

São Paulo, 22 de abril de 2008.

HENRIQUE MARCELLO DOS REIS

Advogado da União



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
NÚCLEO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO EM SÃO PAULO
 RUA DA CONSOLAÇÃO, N.º 1.875, 14.º ANDAR – SÃO PAULO – SP – CEP 01301-100 - TEL: 3506-2100
 NAJ.SP@AGU.GOV.BR

[Handwritten mark]

PARECER/AGU/NAJSP/Nº 375/2009 - HRM

PROCESSO ADMINISTRATIVO 67617.1071712008-58

INTERESSADO: COMANDO DA AERONÁUTICA – SRPV.

ASSUNTO: Aquisição e instalação de central telefônica – Pregão Eletrônico – Sistema de Registro de Preços.

DESPACHO.

1. Restituam-se os autos ao órgão assessorado, para que a autoridade competente tome conhecimento do posicionamento deste órgão de assessoramento jurídico, conforme os termos do Parecer formulado pelo Advogado da União, Doutor Henrique Marcello dos Reis.

2. Necessário ressaltar que a análise deste Coordenador subscrevente cinge-se exclusivamente a manifestação jurídica do advogado parecerista, sem qualquer nova análise ou estudo dos autos processuais.

São Paulo, 24 de Abril de 2009.

[Handwritten signature]

ADRIANO DUTRA CARRIJO
 Coordenador-Geral do Núcleo de Assessoramento Jurídico em São Paulo