SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
Fls. 166

JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
COORDENADORIA JURÍDICA

PROCESSO Nº 6.201/10/2009-EOF
REQUERENTE: SEÇÃO DE REDES DE COMPUTADORES
REQUERIDO: MM. JUIZ FEDERAL DIRETOR DO FORO

P A R E C E R N º 765/2009

Trata-se de processo de execução orçamentária e financeira por meio do qual a Administração visa o registro de preços para eventual contratação, em lote único, de serviços de acesso à Internet sem fio, através de rede celular.

Publicado o edital (fl. 154), foi interposta a impugnação de fls. 155-165.

A impugnação refere-se a quatro pontos sensíveis, a saber: *roaming* de dados, assistência técnica, roubo ou furto de equipamentos e multas.

É o relatório, no essencial. Passo a opinar.

Primeiramente, oportuno destacar a tempestividade da impugnação de fls. 155-165, porquanto observado o prazo constante do art. 12 do Decreto nº 3.555/2000.

A respeito do mérito do mesmo, por questões metodológicas, analisar-se-ão os temas expostos separadamente.

Assim, tem-se que:

1. QUANTO AO *ROAMING* DE DADOS:

Ao que tudo indica, insurge-se a impugnante contra o disposto no item 3.10 do Termo de Referência, que aduz:

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
Fls. 166

> 3.10. A CONTRATADA deverá disponibilizar o acesso ao serviço em todas as capitais das unidades da federação e no Distrito Federal, não devendo haver qualquer tipo de franquia ou cobrança adicional baseado no local de utilização, *roaming* nacional.

Nesse sentido, a impugnante afirma que o serviço pode ser prestado fora das áreas de cobertura Vivo, todavia, nesses casos, "o dispositivo funcionará em *roaming*, cuja tarifação será efetivada fora do pacote contratado" (fl. 156).

Consoante se manifesta a Seção Requerente (manifestação técnica datada de 25.11.2009, em anexo ao presente Parecer), não se trata de inviabilidade técnica na prestação do serviço pretendido, mas, sim, de discordância da impugnante quanto ao disposto no Termo de Referência, no que diz respeito à tarifação do serviço, nos casos específicos acima descritos.

Aduz a Seção Requente o que se segue:

> Conforme explicitado pela própria impugnante há plena possibilidade técnica ao atendimento descrito no Termo de Referência (por roaming, conforme informado). Observo ainda que, conforme também mencionado pela empresa, tal solicitação baseia-se em questões econômico-financeiras e não em qualquer restrição técnica. Isto posto, informo que não há inconsistência técnica no Termo de Referência, mas um desejo da impugnante em obter uma pactuação financeira mais favorável a ela.

Portanto, como se percebe da informação técnica anteriormente mencionada, a impugnante não pretende a alteração do Termo de Referência por inviabilidade técnica na prestação dos

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO Fls. 167

serviços na forma como desejado por esta Administração, mas, sim, tenciona a alteração da forma de tarifação pretendida pela Administração.

Na verdade, percebe-se que a impugnante tenciona alterar o Termo de Referência não por inviabilidade técnica, mas, sim, para adequá-lo aquilo que, negocialmente, lhe é mais conveniente.

Todavia, compreendo que tal intenção não deve prosperar em detrimento do interesse público envolvido na espécie. Logo, não pode, a meu ver, o interesse privado da impugnante em obter negócio mais vantajoso sobrepor-se ao interesse público de efetuar uma pactuação eficiente, econômica e vantajosa (art. 37, *caput* da CR/88 c/c art. 70 da CR/88).

Portanto, considerando não se tratar de caso de inviabilidade técnica - aliás, como se manifesta a Seção Requerente - sugiro que, neste ponto, a impugnação seja recebida, mas que a ela não seja dado provimento.

2. QUANTO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA:

Ao que tudo indica, insurge-se a impugnante contra o disposto no item 4.6 do Termo de Referência, que aduz:

> 4.6 Constatado defeito de funcionamento no dispositivo durante o prazo de execução contratual, a CONTRATADA deverá substituí-lo por igual ou superior, no prazo de 05 (cinco) dias contados a partir da comunicação formal da SJES.

A impugnante alega que não é exigível de si a prestação de assistência técnica, uma vez que ela não fabrica os aparelhos de celular empregados no pacto, mas, tão-somente, os adquire das

empresas fabricantes para que, posteriormente, sejam repassados à Administração, para a utilização durante a execução contratual. Portanto, alega que a responsabilidade exigida pela Administração não é compatível com a sua atividade, razão por que não pode ser exigida, mas, sim, recolocada no pacto nos termos que indica à fl. 158.

Apresso-me em destacar que, a meu ver, a alegação da impugnante não deve prosperar.

Isso porque, do que se infere da leitura da Cláusula 4.6 do Termo de Referência não se trata de exigir a prestação de assistência técnica pela contratada, mas, sim, de dela exigir-se a responsabilização pelos produtos que fornece, a fim de viabilizar a execução contratual.

Na verdade, a Administração tenciona que a contratada venha a se responsabilizar pelos aparelhos celulares fornecidos e, no caso de constatação de defeitos a eles inerentes, que estes sejam substituídos, evitando-se, maximamente, a interrupção do serviço prestado.

Portanto, não se trata de atribuir à contratada, como ela alega, responsabilidades incompatíveis com seu objetivo social. Trata-se, a meu ver, de responsabilidade plenamente compatível com tal objetivo social, na medida em que corresponde à obrigação de substituição de bem fornecido pela contratada e indispensável à prestação dos serviços.

Aliás, conforme assevera a própria impugnante, a apresentação de defeitos nos aparelhos celulares por ela fornecidos afetará a própria contratada, "pois não será possível fornecer seus serviços, sendo que a fatura é proporcional à utilização dos mesmos" (fls. 157-158).

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO Fls. 169

Ora, se assim o é, conforme confessa a própria impugnante, nada mais razoável, a meu ver, que seja a ela atribuída a responsabilidade não de prestação de assistência técnica - como equivocadamente interpreta - mas, sim, de substituição dos aparelhos fornecidos em comodato caso apresentem defeitos, nos termos demandados pela Administração.

Portanto, considerando não se tratar de caso de responsabilidade incompatível com o objetivo social das licitantes, sugiro que, neste ponto, a impugnação seja recebida, mas que a ela não seja dado provimento.

3. QUANTO AO ROUBO OU FURTO DE APARELHOS:

Ao que tudo indica, insurge-se a impugnante contra o disposto no item 4.8 do Termo de Referência, que aduz:

> 4.8 Em casos de roubo ou furto, desde que lavrado o competente boletim de ocorrência, a CONTRATANTE não é obrigada a ressarcir os dispositivos de comunicação.

Afirma a impugnante que em se tratando de objetos cedidos em comodato têm aplicação os arts. 582, 583 e 584 do Código Civil.

Nesse sentido, destacando em especial o art. 584 do CC, assevera a impugnante que se considerando que o comodatário não pode recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada, "nos casos de roubo ou furto dos aparelhos, a responsabilidade e as custas deverão recair sobre o contratante, devendo ser excluída a responsabilidade da contratada, haja vista que se for responsabilidade da contratada, haverá um desequilíbrio econômico financeiro do contrato, o que é vedado por Lei".

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO Fls. 170

Respondendo a este ponto da impugnação em tela, deve-se afirmar que nos termos do artigo 393 do Código Civil:

> Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
> Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Sem tecer maiores considerações sobre o tema, destaca-se, sinteticamente, que, de modo geral, prevalece o entendimento de que, nos casos de força maior e de caso fortuito, desaparece o nexo de causalidade entre o inadimplemento e o dano, ou seja, não sendo evitável o efeito, não se pode atribuí-lo àquele que não cumpriu seu dever por fato estranho e superior, sendo que, há que se reconhecer que se deve entender por caso fortuito o fato de terceiro que não se pode prever, estando os furtos ou roubos, a meu ver, aí enquadrados.

Todavia, oportuno ponderar que o art. 393 do CC faz ressalva acerca da possibilidade de assunção pelo devedor dos riscos decorrentes da ocorrência de hipótese de caso fortuito ou de força maior, ocasião em que responderia pelos prejuízos daí decorrentes.

Trata-se, justamente, do que pretende a Administração ao estabelecer a Cláusula 4.8 do Termo de Referência. É que a Administração, considerando os imperiosos interesses públicos a serem atendidos por meio da prestação do serviço pretendido, tencionou que a contratante se responsabilizasse pelas hipóteses de caso fortuito ou de força maior consistentes em roubo ou furto, desde que seja lavrado o competente Boletim de Ocorrência.

A meu ver, a previsão demonstra razoabilidade, na medida em que se deve ponderar que os aparelhos fornecidos estarão em permanente trânsito nas mãos de seus usuários, suscetíveis, pois, de ser objeto dos ilícitos acima previstos.

Assim, de modo a não prejudicar a prestação dos serviços, que, como dito pela própria impugnante anteriormente, afetaria a esfera de direitos da contratada, que se veria impossibilitada de cumprir o objeto contratual, relevante se faz, a meu ver, a assunção de tal responsabilidade pela eventual contratada, conforme prevê o Termo de Referência.

Portanto, considerando não se tratar de caso de responsabilidade incompatível com a norma jurídica, a teor do art. 393 do CC, sugiro que, neste ponto, a impugnação seja recebida, mas que a ela não seja dado provimento.

4. QUANTO À ABUSVIDADE DAS MULTAS PRATICADAS

Insurge-se a impugnante contra o disposto nas Cláusulas 18.2.1 e 18.2.2 do Edital de Licitação que assim dispõe:

> 18.2.1 Nas inexecuções totais: multa indenizatória de 30% (trinta por cento) sobre o valor global do contrato.
> 18.2.2. Nas inexecuções parciais: multa indenizatória de no mínimo 10% (dez por cento) e no máximo 30% (trinta por cento) sobre o valor equivalente à obrigação inadimplida ou sobre o valor da adjudicação, esse último nos seguintes casos específicos: (...)

Alega a impugnante que os percentuais previstos não são razoáveis e que refogem ao objetivo tencionado pela Administração com a celebração do pacto. Argumenta que o que a Administração tenciona é a prestação dos serviços e, não, a arrecadação de valores

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
Fls. 172

por meio de multas. Assevera, ainda, que os percentuais previstos superam o teto máximo previsto no Decreto nº 22.626/33 e na MP 2.172/2001, ambas de aplicação compulsória nos contratos administrativos, por força do art. 54 da Lei nº 8.666/93.

Considero que a argumentação da impugnante deve ser rechaçada por seis argumentos fundamentais, quais sejam:

a) Como se sabe - e, aliás, afirma a própria impugnante - tenciona-se firmar, na espécie, contrato administrativo entre o Poder Público e pessoa jurídica de direito privado.

Nesse sentido, tal pacto será regido, substancialmente, pela Lei nº 8.666/93, cujo art. 54 assim dispõe:

> Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Assim, ao que indica a disposição em comento, os contratos administrativo serão disciplinados, primeiramente, pelas normas de direito público, em especial pela Lei de Licitações e pelas próprias disposições contratuais elaboradas pelo Poder Público, aplicando-se as disposições de direito privado somente quando não houver disciplina sobre o assunto ou esta for deficitária, carecendo de integração.

Nesse passo, é de se salientar que tratando de penalidades, a Lei nº 8.666/93 dispõe sobre o tema em seus arts. 86 e seguintes, nos quais discorre acerca das penalidades aplicáveis aos contratados da Administração que inexecutarem o objeto da avença.

Nesse ponto, oportuno salientar que a Lei de Licitações não estabelece percentuais mínimos e máximos aplicáveis relativamente às multas, deixando a critério da Administração - a partir de parâmetros de razoabilidade - delimitar tais percentuais.

Para a delimitação de tais parâmetros, deve-se evidenciar que o art. 412 do CC assim dispôs:

> Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

Assim é que me parece que o único parâmetro imposto à Administração, por força da aplicação subsidiária do Código Civil, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.666/93, é a imposição da impossibilidade de que a cláusula penal ultrapasse o valor total da obrigação principal.

Portanto, considerando que o percentual de multa contra o qual se insurge a impugnante é de 30% (trinta por cento) do valor global do contrato ou de 30% (trinta por cento) do valor da obrigação inadimplida, não vejo ofensa ao parâmetro de multa imposto pelo art. 412 do CC.

b) Por outro lado, deve-se ponderar que, como dito, a Lei de Licitações deixou ao alvedrio da Administração o estabelecimento dos percentuais de multa. E assim o fez justamente porque os contratos administrativos tratam substancialmente do interesse público, razão por que a Administração deve ponderar a penalidade mais adequada ao cumprimento de tais primordiais interesses.

Nesse passo, deve-se se salientar que esta Administração possui norma interna, juntada aos autos, na qual estabelece os parâmetros aplicáveis em caso de multa.

Saliente-se que tal norma fundamentou-se nos ditames legais aplicáveis à espécie, tendo sido fruto, outrossim, de uma série de discussões técnico-jurídicas nos autos do Processo nº 5.725/09/2007-ADM[1].

Portanto, os percentuais de multa discutidos pela impugnante encontram-se ali discutidos constando, inclusive, tal informação da Cláusula 18.2 do Edital de Licitação, razão por que não merece prosperar a impugnação neste ponto.

c) Ainda, deve-se salientar que eventuais multas somente são aplicadas após o devido processo legal e o contraditório, o que, por si só, vem a conferir à contratada as garantias constitucionais necessárias à ausência de arbitrariedade por parte da Administração.

d) Quanto à argumentação de que se deve observar o parâmetro imposto pelo art. 9º do Decreto nº 22.626/33, cujos efeitos foram repristinados pelo Decreto nº 29/1991 (normas jurídicas em anexo ao presente Parecer), é de se salientar que tal argumentação não pode prosperar.

É que, em primeiro lugar, o Decreto em comento destinou-se, em especial, à aplicação relativamente aos contratos firmados com instituições bancárias, razão por que, de início, por força de tal

[1] Frise-se que anteriormente à edição de tal norma interna esta Administração encontrava-se submissa à IN-24-12 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por força da Portaria 384/1993 da Direção do Foro. Tais normas, inclusive, fundamentaram o Parecer nº 593/2007 da CJU, que embasou a decisão da Direção do Foro de 17.12.2007 tomada nos autos do Processo nº 5.394/11/2007-EOF. Todavia, com a edição da NI-4-09 houve a revogação da retro-mencionada Portaria 384/1993 submetendo-se, agora, a Administração aos seus termos. Mesmo ante tais fatos, deve-se considerar que a decisão da Direção do Foro nos autos do Processo 5.394/11/2007-EOF, que não deu provimento a impugnação semelhante, por força dos argumentos aplicáveis à época, serve de precedente administrativo para o caso ora analisado.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO
Fls. 175

especificidade, sua aplicabilidade aos contratos administrativos é questionável.

Em segundo lugar, deve-se ponderar que tal norma jurídica foi editada e repristinada sob a égide do Código Civil de 1916, razão pela qual, com a edição do Código Civil de 2002, necessária se faz a sua releitura, a partir dos paradigmas ali instituídos.

Assim sendo, oportuno ponderar que o art. 422 do CC estatuiu os princípios da probidade contratual e da boa-fé, como parâmetros de apreciação de qualquer avença jurídica.

Tomando-se por base tal disposição de caráter genérico, oportuno ponderar que se estabeleceu o já citado art. 412 do CC, que efetuou a limitação anteriormente afirmada de que a cláusula penal não pode superar o valor total da obrigação. E, como dito, a disposição editalícia impugnada obedece a tal parâmetro, razão por que me parece que não se aplica a disposição do Decreto nº 22.626/33.

e) No que toca à argumentação da aplicabilidade dos limites previstos na MP 2.172-32/2001, parece-me que esta não é utilizável no caso em comento.

Isso porque, o contrato administrativo em foco não se enquadra em nenhuma das duas hipóteses de seu art. 1º, não merecendo prosperar, portanto, neste ponto, a argumentação da impugnante.

f) Ademais, deve-se ponderar que os percentuais em comento não ofendem os critérios de razoabilidade/proporcionalidade, visto que adequados, a meu ver, às condutas que tencionam coibir ou punir.

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO Fls. 176

Assim, neste ponto parece-me, também, improcedente a argumentação da impugnante.

Sendo assim, considerando os argumentos anteriormente expostos, sugiro que, neste ponto, a impugnação seja recebida, mas que a ela não seja dado provimento.

Por todo o exposto, recomendo que a presente impugnação seja recebida, mas que, no mérito, não seja provida, dando-se regular curso à licitação em tela, na forma como definido no Termo de Referência, Edital de Licitação e Minuta de Contrato Administrativo.

É o parecer, s. m. j.

Vitória, 26 de novembro de 2009.

Diana Brandão Maia Mendes de Sousa
Coordenadora Jurídica em Exercício

JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO - SEÇÃO Fls. 213

CONCLUSOS estes autos, nesta data, ao MM. Juiz Federal Diretor do Foro, Dr. **Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha.**

Vitória, 26/11/2009.

Maria Cristina Natalli
Diretora da Secretaria Geral

D E C I S Ã O

Trata-se de processo administrativo para contratação de serviços de acesso à internet sem fio, através de rede celular, através de Ata de Registro de Preços.

Às fls. 155/165, impugnação interposta pela empresa **VIVO S/A** ao Edital de Pregão Presencial nº 16/2009, quanto ao *roaming* de dados, assistência técnica, roubo ou furto de equipamentos e multas.

Às fls. 166/176, parecer da Coordenadoria Jurídica, o qual acolho integralmente.

Nesse passo, conheço da impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº 16/2009, interposta pela empresa **VIVO S/A**, mas nego-lhe provimento.

Comunique-se

Vitória, 26/11/2009.

Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Juíza Federal Diretora do Foro

RECEBIDOS estes autos, nesta data, do MM. Juiz Federal Diretor do Foro, Dr. **Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha**, com o respeitável despacho acima.

Ao **NCO** para cumprimento da r. decisão acima.

Vitória, 26/11/2009

Maria Cristina Natalli
Diretora da Secretaria Geral

crd