

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2020

APRECIÇÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

I – DOS FATOS

Trata-se de análise de Impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 18/2020, enviada por e-mail em 10 de agosto de 2020, às 17h34min, pela empresa OI S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 76.535.764/0001-43.

II – DO PLEITO

A empresa OI apresenta impugnação ao edital do Pregão Eletrônico nº 18/2020, que tem por objeto a contratação de empresa especializada em Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), na modalidade Longa Distância Nacional (LDN), Intra-Regional e Inter-Regional, para intermediação das ligações interurbanas de telefone fixo para fixo e de telefone fixo para móvel, originadas nas unidades pertencentes ao TRT da 24ª Região para todas as localidades pertencentes às regiões I, II e III do Plano Geral de Outorgas, o qual considera em desacordo com as diretrizes dos diplomas legais aplicáveis à matéria.

III – DA ADMISSIBILIDADE

A impugnação ao edital Pregão está disciplinada artigo 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019, que estabelece o prazo para apresentação em até dois dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, além de haver a previsão no item 22 do Edital em epígrafe.

A peça impugnatória foi enviada por email, na data de 10/08/2020, às 17h34min, ao passo que a sessão para abertura das propostas está marcada para ser realizada no dia 17/08/2020.

Por tempestivos, e invocando-se a instrumentalidade das formas, conhece-se da impugnação apresentada.

IV – DA APRECIÇÃO

Ressalte-se, preliminarmente, a importância do instrumento da impugnação, não só como meio de manifestação de discordância por parte dos fornecedores e de qualquer cidadão, mas principalmente como mecanismo para o controle e manutenção da lisura nos procedimentos licitatórios. Destarte, ao apreciar as peças impugnatórias, esta Administração tem o interesse em analisar as irregularidades ou falhas apontadas e promover as alterações naquilo que for pertinente, com vistas à observância aos princípios que norteiam os procedimentos das compras públicas.

Cumprido lembrar que a impugnação ao edital não possui efeito suspensivo e por isso sua apresentação não implica obrigatoriamente na paralisação do procedimento.

Assim, passa-se a análise das razões da impugnação.

01. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

De início, destaca-se que a extensão dos efeitos da sanção presente no inciso III do art. 87 do Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, Lei 8.666/93, é tema bastante polêmico. Há quem dê à penalidade denominada “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos” alcance restrito, englobando somente o órgão que impôs a sanção; outra corrente enxerga a penalidade de forma ampla, o que manteria a empresa penalizada afastada das licitações e contratos com toda a Administração Pública.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

Cumpre informar que o TRT da 24ª Região segue a linha adotada no âmbito do Tribunal de Contas da União e considera que os efeitos subjetivos da sanção prevista no art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93 restringem-se ao órgão sancionador. Entende este órgão que a palavra “Administração” contida no art. 87, III, da Lei n.º 8.666/93 deve ser interpretada de acordo com o conceito que o próprio Estatuto das Licitações e Contratos lhe dá no art. 6.º, XII (“órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”). Considera também que estender os efeitos da punição a toda Administração Pública seria equiparar indevidamente as sanções dos incisos III e IV do art. 87.

Consoante registrado, nas reiteradas Decisões - Plenário, TCU, o Tribunal firmou entendimento de que as penalidades previstas na Lei se apresentam em escala gradativa de gravidade, deixando clara a intenção do legislador no sentido de disponibilizar ao gestor opções de sanções a serem aplicadas, levando-se em conta a infração cometida. Assim, aplicarse-ia uma pena mais branda para faltas não tão graves, suspendendo-se temporariamente o direito de licitar (art. 87, III, Lei n.º 8.666/93), e uma pena mais severa para aquelas faltas revestidas de maior gravidade, declarando-se inidôneo o licitante infrator (art. 87, IV, Lei 8.666/93). Ressalta-se, ainda, que a própria Lei n.º 8.666/1993, em seu art. 97, classifica como crime admitir a participação de licitante ou celebrar contrato com profissional ou empresa declarada inidônea, o que deixa claro a distinção entre os dois incisos.

A distinção mais evidente ocorre na interpretação literal sob a teoria hermenêutica da literalidade. O inciso III sustenta o impedimento em licitar e contratar (suspensão temporária) com a “Administração” enquanto o inciso IV sustenta o impedimento em licitar e contratar (declaração de inidoneidade) com a “Administração Pública”, ambos do artigo 87 da Lei 8666/93. Isto posto, partindo da premissa de que a lei não contém palavras inúteis e não cabe ao interprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de estar criando hipótese não prevista, podemos dizer que a suspensão temporária produz efeito na entidade administrativa que a aplicasse enquanto a declaração de inidoneidade produz efeito em todos os órgãos da Administração Pública, ou seja, em todos os entes federativos.

Portanto, é de incumbência dos licitantes interessados o prévio exame de suas condições para participação, mormente quanto a abrangência da penalidade a elas aplicadas pelo órgão sancionador competente, quando for o caso, sendo certo que na vigência de uma suspensão temporária ou impedimento de contratar por prazo inferior a 2 (dois) anos, nos termos do art. 87, III, da Lei 8.666/93, sua abrangência recairá apenas ao respectivo órgão.

De outro modo, se a interessada estiver impedida de licitar/contratar com o ente federativo sancionador, nos termos do art. 7º do Decreto 10.520/2005, sua abrangência será com o Ente da Federação. Por fim, se o interessado for declarado inidôneo, nos termos do art. 87, IV, da Lei 8.666/93, sua abrangência recairá para todos os órgãos e entidades da Administração Pública. Será de incumbência do Pregoeiro a verificação de eventual descumprimento das condições de participação como condição prévia ao exame da documentação de habilitação do licitante detentor da proposta classificada em primeiro lugar.

Desta forma, não se vislumbram razões para alteração do item 7.2, dada a clareza da redação expressa, no que tange a menção da sua aplicabilidade na forma da legislação vigente.

02. EXIGÊNCIA DE HABILITAÇÃO EXCESSIVA

Em linhas gerais, a Impugnante pretende que seja retirada a apresentação de declaração de que não haverá no seu quadro societário cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, dos magistrados ocupantes de cargos de direção ou no exercício de funções administrativas, assim como de servidores ocupantes de cargos de direção, chefia e assessoramento vinculados direta ou indiretamente às unidades do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região situadas na linha hierárquica da área encarregada da licitação, bem como que não haverá proibida a contratação de Servidor pertencente ao quadro de pessoal deste Tribunal.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

Para refletirmos sobre o assunto recorremos a trechos de Acórdão nº 663/2012 – Plenário do Tribunal de Contas da União.

“... 34. A respeito do assunto, do ponto de vista doutrinário, Marçal Justen Filho in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13ª ed., Dialética: São Paulo, 2009, p. 154 e p. 158, leciona: As vedações do art. 9º retratam derivação dos princípios da moralidade pública e isonomia. Considera-se um risco a existência de relações pessoais entre sujeitos que definem o destino da licitação e o particular que licitará. Esse relacionamento, em tese, pode produzir distorções incompatíveis com o princípio da isonomia. A simples potencialidade do dano é suficiente para que a lei se acautele. Em vez de remeter a uma investigação posterior, destinada a comprovar anormalidade da conduta do agente, a lei determina seu afastamento a priori. O impedimento consiste no afastamento preventivo daquele que, por vínculos pessoais com a situação concreta, poderia obter benefício especial e incompatível com o princípio da isonomia. O impedimento abrange aqueles que, dada a situação específica em que se encontram, teriam condições (teoricamente) de frustrar a competitividade, produzindo benefícios indevidos e reprováveis para si ou terceiro. [...] Também não podem participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. Também se proíbe a participação de empresas cujos sócios administradores, empregados, controladores, etc., sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes. Essa vedação reporta-se ao princípio da moralidade, sendo necessário pressuposto da lisura da licitação e contratação administrativas. A caracterização de participação indireta continuada no § 3º aplica-se igualmente aos servidores e dirigentes do órgão.

35. Na mesma linha, o voto condutor da Decisão 133/1997 – TCU – Plenário, ensina que “não passa pela avaliação de saber se os servidores [...] detinham ou não informações privilegiadas [...] basta que o interessado seja servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante para que esteja impedido de participar, direta ou indiretamente, de licitação por ele realizada” (grifou-se).

36. Quanto ao argumento de que se trata de norma de vedação e que, portanto, sua interpretação deve ser restritiva, cumpre ressaltar que no caso em apreço, a interpretação conferida ao dispositivo pela decisão vergastada se mostrou restritiva, não abrangente, mas sistemática, na medida em que conjugou na aplicação da Lei de Licitações ao caso concreto os princípios constitucionais da moralidade, isonomia e impessoalidade.

37. De forma complementar, o inciso III do art. 9º da Lei 8.666/1993 cuida de norma que proíbe expressamente servidor, dirigente do órgão contratante, de participar direta ou indiretamente de licitação, não subsistindo espaços para entendimentos diversos.

38. As ilicitudes abordadas nos autos configuraram grave violação aos princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da isonomia, estampados no art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, e no art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993, bem como caracterizaram desobediência à regra do art. 9º, inciso III, da Lei de Licitações e Contratos (Acórdão 1.160/2008 – TCU – Plenário; Acórdão 2.038/2008 – TCU – Plenário; Acórdão 2.105/2008 – TCU)”

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

Do mesmo modo, a apresentação da Declaração deriva de exigência prevista na Resolução CNJ nº 07 de 18/10/2005, com as alterações introduzidas pela Resolução CNJ nº 229 de 22/06/2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao qual este Regional encontra-se subordinado.

Por força da aplicação da legislação vigente é possível concluir pela legalidade da apresentação da declaração.

03. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO

A empresa requer a exclusão do item 9.3.1 do Edital alegando que a exigência da declaração, além de não ter amparo legal, não faz qualquer sentido lógico.

A exigência da Declaração de Inexistência de Fato Superveniente Impeditivo de Habilitação encontra previsão legal no parágrafo 2º do art. 32 da Lei nº 8.666/93.

Além disso, para participação na licitação no Comprasnet é obrigatório o preenchimento desta mesma declaração. Dessa forma, quando do cadastramento da proposta no sistema Comprasnet, a licitante deverá, na forma virtual, declarar tais informações, sendo que os termos utilizados no edital são os termos utilizados pelo sistema Comprasnet.

Ressalte-se mais uma vez que não é possível o cadastramento da proposta no sistema Comprasnet sem firmar a declaração.

04. EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO DE AUTORIZAÇÃO/CONCESSÃO NA ANATEL – AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Em resumo, a Impugnante requer a adequação da exigência prevista no item 10.10 do Edital para que as licitantes possam apresentar o extrato do Termo de Autorização ou do Contrato de Concessão, outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União.

Com efeito, neste ponto, não há prejuízo de qualquer monta em promover a retificação do Edital no sentido de aceitar também a comprovação da exigência por meio de apresentação do extrato do Termo de Autorização ou do Contrato de Concessão, outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União.

05. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

Requer em síntese a exclusão ou adequação do item 10.13 do Edital, de maneira que o registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não possa ser condicionante da participação.

Com efeito, já seria um impedimento de participação no procedimento licitatório se a sanção registrada fosse realizada por este Órgão, dessa forma, os demais impedimentos serão analisados à luz do ordenamento jurídico vigente para as contratações e ainda orientações do Tribunal de Contas da União, observado que a extensão dos efeitos da penalidade de impedimento de licitar foi anteriormente tratada na resposta do item 01.

Ressalte-se que no Acórdão nº 1793/2011 Plenário – TCU, foi recomendado aos órgãos sob atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, na fase de habilitação na licitação, além da pesquisa junto ao SICAF, que levem a efeito consulta quanto à situação da empresa no Cadastro Nacional de Empresa Inidôneas e suspeitas/CGU, disponível no Portal da Transparência (www.portaltransparencia.gov.br) e no cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativas, disponível no Portal do CNJ, além do mais, já havia sido mencionado no Edital a previsão legal de cada cadastro.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

06. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA CONTRATADA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No que diz respeito ao questionamento quanto às disposições editalícias concernentes à responsabilidade da contratada por danos causados, observe-se que a redação utilizada emprega o verbo causar, já vislumbrando, portanto, a existência do nexo causal necessário para configuração da responsabilidade objetiva da empresa. Com efeito, a menção no Edital às hipóteses de culpa ou dolo deixaria mais claro o alcance da responsabilidade da contratada. Em verdade, não se trataria de menção indispensável, até porque, a disposição editalícia não exclui o direito, que se extrai da hermenêutica do art. 37, § 6º da CF, da empresa de não ser responsabilizada na ausência de nexo de causalidade.

Além do mais, a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor – CDC não se mostra despicienda, tendo em vista: a) a subsidiariedade da aplicação em casos omissos; b) a inexistência de vedação legal à aplicação subsidiária do CDC nos normativos federais que disciplinam o regime jurídico das licitações e contratos administrativos e a existência de cláusulas similares em editais de outros entes da Administração Pública Federal, que estabelecem a aplicação do referido diploma legal em omissões da legislação que rege a matéria.

Sendo assim, não merece ser acolhido o ponto impugnado, razão pela qual o item será mantido.

07. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

A empresa requer, ainda, alteração da minuta do edital para incluir a previsão de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura no mês de atraso; juros de mora de 1% (um por cento) a.m.; e correção monetária pelo IGP-DI, na hipótese de atrasos em pagamentos de responsabilidade da Administração.

A esse respeito informamos que o Edital está de acordo com o que estabelece o parágrafo 4 do art. 36 da Instrução Normativa nº 2 do MPOG.

Nesse sentido vale também destacar o teor da Súmula 226 do TCU:

É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, inclusive empresas concessionárias de serviços públicos, quando inexistir norma legal autorizativa.

Demonstra-se que o disposto no edital guarda consonância com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, objeto, inclusive, da edição da súmula transcrita.

08. DA PREVISÃO DE MULTAS ABUSIVAS

A Empresa Impugnante sustenta a ilegalidade e desproporcionalidade na previsão de penalidades que ultrapassam o limite de 10% (dez por cento) para eventual descumprimento contratual, em razão do que pleiteia a readequação do 21.2.3 do Termo de Referência e item III da Cláusula Décima Oitava da Minuta do Contrato do Edital.

Não se pode olvidar, no contexto do exercício do poder punitivo da Administração, que a aplicação de penalidade tem por escopo reprimir os infratores para que não cometam novamente práticas passíveis de apenamento, por ofensivas ao interesse público e, assim, promover a boa execução dos serviços contratados e o atingimento da finalidade pública perquirida. Há de se ter em mente, no entanto que, em consonância com o Estado Democrático de Direito, de forma a se evitar arbítrios, deve o Administrador Público, ao aplicar penalidades, atentar-se para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (Acórdão 1453/09 – Plenário).

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

Sendo assim, ao aplicar as sanções previstas legal e contratualmente, o Administrador Público tem o poder-dever de dosar a penalidade em consonância com a gravidade da infração perpetrada e o prejuízo ocasionado à Administração.

Nesse sentido, é válido consignar que, o contrato administrativo possui particularidades em relação aos contratos privados, sobretudo em relação às condições de execução e sujeição ao interesse público, o que permite certa liberdade de escolha da Administração, desde que motivada pela salvaguarda do interesse público.

Desse modo, o princípio basilar da supremacia do interesse público, que permite a estipulação de cláusulas exorbitantes quanto a repressão de condutas lesivas a este, possui caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos e, ao mesmo tempo, não pode onerar excessivamente o particular, sob pena de afetar o equilíbrio da relação contratual.

Apesar disso, o ordenamento jurídico não cuidou em fixar um parâmetro legal para os percentuais de multa moratória e compensatória, consistindo em um poder-dever discricionário da Administração determinar os critérios a serem utilizados, na fase de planejamento da contratação, em harmonia à praxe dos contratos e aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade.

Em que pese a ausência de expressa fixação legal, o art. 412 do Código Civil preceitua que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”, atuando como limitador ao poder discricionário da Administração.

Respeitada, portanto, a proporcionalidade das sanções às condutas gravosas descritas e a gradação dos respectivos percentuais (que não poderiam transcender o valor total do próprio ajuste), o Poder Público detém discricionariedade para a cominação das penas, do modo que melhor atender à finalidade pública envolvida e reprimir comportamentos que levem à inexecução do objeto.

Ao tratar do tema, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou em julgado: 1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma. 2. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência. 3. O art. 86 da Lei nº 8.666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos. 4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). 5. Princípio da Razoabilidade. 6. Recurso improvido. (Resp nº 330.677/RS, Rel. Ministro José Delgado).

A Impugnante, em sua insurgência, afinçou-se na argumentação de que as penalidades moratórias definidas no instrumento convocatório estariam em desacordo com a legislação, em especial as normas dispostas na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), cuja razão de ser é exatamente a de vedar a oneração excessiva ao prestador de serviços que ocasione o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. E, nesta óptica, verifica-se que os itens e cláusulas estipulados no Edital e na Minuta de Contrato, respectivamente, atenderam aos fins pretendidos pelo ordenamento jurídico, observando-se a proporcionalidade entre as intenções preventiva e repressora, além de atender ao caráter compensatório das sanções. Além disso, os percentuais fixados, ao contrário do que aventado, obedeceram ao limite do valor do contrato, ultimando-se com a perspectiva de rescisão por completo inadimplemento.

Sendo assim, não se reconhece respaldo jurídico para a impugnação do ponto manifestado, razão pela qual o item será mantido.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

V – DA DECISÃO

Por todo o exposto decide-se conhecer da Impugnação apresentada pela OI S/A, considerando ter sido apresentada de forma tempestiva.

Quanto ao mérito, com base nas informações prestadas pela área requisitante, decide-se acolher parcialmente a impugnação apresentada para fazer constar do Edital que a comprovação prevista no item 10.10 também pode ser realizada por meio de apresentação do extrato do Termo de Autorização ou do Contrato de Concessão, outorgado pela ANATEL devidamente publicado no Diário Oficial da União.

Em razão de que a alteração não afeta a formulação de propostas, mantem-se inalterada a data e o horário da sessão pública para abertura de proposta.

Campo Grande - MS, 13 de agosto de 2020.

Carlos Alberto Barlera Coutinho
Pregoeiro