



**ILMO. SR. PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO.**

**REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 03/2021**

**OI MÓVEL S/A** (Em Recuperação Judicial), sociedade anônima constituída e existente de acordo com as leis do Brasil, com sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, quadra 03, Bloco A, Ed. Estação Telefônica – Térreo – Parte 2, CEP 70.713-900, inscrita no CNPJ sob n.º 05.423.963/0001- 11; vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar Impugnação aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

### **RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO**

O TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 03/2021, visando à contratação de empresa especializada em Serviços de Telefonia Fixa Comutada (STFC), para a prestação de serviços na modalidade serviço local, para a intermediação das ligações de telefones fixo para fixo e de fixo para móvel, com a instalação de 4 (quatro) Links E-1, bi-direcionais, conectados por fibra óptica a 2 Mbps, para promover o entroncamento dos aparelhos PABX da sede do TRT da 24ª Região, do Fórum Trabalhista de Campo Grande, do Fórum Trabalhista de Dourados/MS e do Fórum Trabalhista de Três Lagoas/MS.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.



## **ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS**

### **1. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO**

O Item 7.2 do Edital veda a participação de empresas em consórcio, qualquer que seja a sua forma de constituição.

Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações, verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infra-estruturais e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações, pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas pode se poderm admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:



“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. **Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição.** Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. **Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.** É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que **apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.**”<sup>1</sup> (grifo nosso)

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsume-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais uma restrição apenas põe em risco o princípio da competitividade.

Assim, que se refere aos serviços de telecomunicações - objeto ora licitado -, estes são regulados pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), a qual dispõe em seu artigo 6º o seguinte:

*“Art. 6º Os serviços de telecomunicações serão organizados com base no **princípio da livre ampla e justa competição entre todas as prestadoras, devendo, o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.**”*

Ratificando o dever do poder público de ampliar a competição entre as operadoras, com padrões de qualidade compatíveis com as exigências dos usuários, o art. 2º, inciso III, da LGT assim determina:

*“Art. 2º O Poder Público tem o dever de:  
(...)  
III - adotar medidas que **promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;**”*

A possibilidade de a Administração permitir a participação de consórcios em licitação está prevista no art. 33 da Lei n.º. 8.666/1993, art. 17 do Decreto n.º. 3.555/2000 e art. 16 do Decreto n.º. 5.450/2005. Tais normativos apresentam as regras que devem ser obedecidas pela Administração atinentes à participação de empresas em consórcio nos certames

---

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.



Nesse sentido, cumpres observar o que determina a Lei nº 8.666/93:

*“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.*

**§ 1º É vedado aos agentes públicos:**

***I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”***

Vale lembrar que dentre os Princípios da Administração, o da Legalidade é o mais importante e do qual decorrem os demais, por ser essência ao Estado de Direito e ao Estado Democrático de Direito. **Note que na atividade administrativa permite-se a atuação do agente público, apenas se concedida ou deferida por norma legal**, ao passo que ao particular é permitido fazer tudo quanto não estiver proibido pela lei. Toda atividade administrativa vincula-se a tal princípio, que se encontra consagrado em nossa Constituição Federal (Art. 5º, II, XXXV e Art. 37).

**Assim, quanto às particularidades do mercado de telecomunicações, pode-se afirmar que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, motivadas. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.**

E, sempre em atenção à legislação que rege o setor de telecomunicações, é crime a prestação de serviço sem a competente e específica outorga.

Daí se tem:

- (i) as empresas de grupos diferentes podem deter outorgas que se complementam para a prestação do serviço ora licitado, sem qualquer risco de prejuízo para o usuário e/ou interesse público, em localidades diversas do País, por exemplo;
- (ii) a Oi associa-se à outras empresas ( sob controle comum ou não) sempre que há a demanda por serviços ou projetos de grande complexidade em regiões diversificadas, e esta associação verifica-se também em outros grupos de empresas, e é perfeitamente legal.

Ora, mantida a restrição quanto ao formato da participação das empresas em consórcio, a Impugnante estará, juntamente com outras prestadoras de serviços de telecomunicações,



prejudicada de participar desta competição! O licitante, nesta licitação, pode (e deve), com segurança, eficiência e vantajosidade, admitir a participação de empresas consorciadas, sem quaisquer limitações, como sempre o fez, **porque a associação de empresas pode representar a apresentação da melhor proposta para a Administração.**

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:

“No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, **a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.**” (Acórdão 59/2006 - Plenário)

“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)**” (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

Nota-se, tanto do entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem aspecto bifronte, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas. Isso porque, decorrente das particularidades do mercado e da economia globalizada, é comum a existência no âmbito das telecomunicações conglomerados econômicos que necessitam dessa ferramenta jurídica para participarem das licitações. Frise-se que muitas das vezes a prestação do serviço por empresa isolada não é o suficiente, necessitando da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação.

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à



Administração Pública, requer seja excluído o Item 7.2 do Edital **para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo**, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

## **2. DO IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL**

O Item 7.2 do Edital prevê que não poderá contratar com o TRT 24, Empresas que: “Empresa suspensa temporariamente de participar em licitação e impedida de contratar com a Administração Pública, nos termos do inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93”.

Com efeito, o art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 prevê, dentre as modalidades de penalidades em caso de inexecução total ou parcial do contrato, a **suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração**.

Diante do acima exposto, faz-se necessário esclarecer que os conceitos de Administração e Administração Pública são distintos, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei de Licitações, *in verbis*:

“Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se:

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;”

Da análise dos dispositivos legais, verifica-se que as expressões “Administração Pública” e “Administração” são distintas.

Nesse sentido, importante citar a lição de Marçal Justen Filho a respeito do tema:

“**Administração Pública:** A expressão é utilizada em acepção ampla e não deve ser identificada com ‘Poder Executivo’. Indica as pessoas de direito público que participam de uma contratação, ainda quando esta contratação



se efetive através de órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Além da chamada 'Administração Direta' (União, Estados e Distrito Federal, Municípios), a expressão também abrange a 'Administração Indireta' (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista). Além disso, as 'fundações' instituídas ou mantidas com recursos públicos ou outras pessoas de direito privado sob controle estatal estão abarcadas no conceito."

**"Administração:** A expressão isolada é utilizada para identificar a unidade específica que, no caso concreto, está atuando. A distinção entre Administração Pública e Administração é utilizada em algumas passagens na disciplina da Lei n.º 8.666. A hipótese de maior relevância encontra-se no art. 87, incs. III e IV, a propósito das sanções de suspensão temporária do direito de licitar ou de contratar e de declaração de inidoneidade."<sup>2</sup>

Da mesma forma entende Jessé Torres Pereira:

"A distinção, para os fins de aplicação desta lei, entre Administração e Administração Pública encontra importantes aplicações. Ilustre-se com a intrincada questão de estabelecer-se a extensão das penalidades de suspensão e de declaração de inidoneidade, ambas acarretando a supressão temporária do direito de participar de licitações e de contratar. Tratando-se de suspensão, a supressão se dá em face da Administração; na hipótese de inidoneidade, o cumprimento da punição é em face da Administração Público."<sup>3</sup>

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos nº 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão 842/2013-Plenário)<sup>4</sup>, segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.** Nesse sentido, destaca-se:

#### **Informativo TCU nº 147:**

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

<sup>3</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.

<sup>4</sup> Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.



**1. A sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, alcança apenas o órgão ou a entidade que a aplicou.**

“[...] O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos aos autos, lembrou que *“a jurisprudência recente desta Corte de Contas é no sentido de que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou (Acórdãos 3.439/2012-Plenário e 3.243/2012-Plenário)”*. E mais: *“Interpretação distinta de tal entendimento poderia vir a impedir a participação de empresas que embora tenham sido apenadas por órgãos estaduais ou municipais com base na lei do pregão, não estão impedidas de participar de licitações no âmbito federal”*. Anotou, ainda, que, a despeito de o edital em tela não explicitar o significado preciso do termo *“Administração”* constante do item 2.2, “c”, os esclarecimentos prestados revelaram que tal expressão *“refere-se à própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”* e que, portanto, *“o entendimento do órgão está em consonância com as definições da Lei nº 8.666/93, assim como com o entendimento desta Corte”*. [...] O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu: a) julgar improcedente a representação e revogar a cautelar anteriormente concedida; b) *“recomendar à Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal que, em seus futuros editais de licitação, especifique que estão impedidas de participar da licitação as empresas que tenham sido sancionadas com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, somente pela própria Seção Judiciária do Rio de Janeiro da Justiça Federal”*. **Acórdão 842/2013-Plenário, TC 006.675/2013-1, relator Ministro Raimundo Carreiro, 10.4.2013.**

Vale mencionar que este já era o **entendimento “histórico” do Tribunal de Contas da União**, conforme se nota dos acórdãos nº 1.727/2006-1ª Câmara, nº 2.617/2010-2ª Câmara, nº 1.539/2010-Plenário e da Decisão nº 352/98-Plenário.

Cabe salientar que o Poder Executivo Federal, por meio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a **Instrução Normativa nº 02/2010** definindo que a aplicação da sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/1993 impossibilitará o fornecedor ou interessado de participar de licitações e formalizar contratos, no âmbito do órgão ou entidade responsável pela aplicação da sanção (art. 40, §1º, da IN nº 2/2010 SLTI-MPOG).





Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a **Administração** é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o *órgão público*. Já a **Administração Pública** é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666.

Portanto, requer seja alterado o item em comento do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral.

### **3. DA CORRETA COTAÇÃO DOS PREÇOS COM CINCO CASAS DECIMAIS.**

O Item 8.1 do Edital, determina que a proposta da licitante deverá possuir até 02 (duas) casas decimais após a vírgula.

Nesse diapasão, é mister esclarecer que a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, autoriza as empresas prestadoras do Serviço Móvel Pessoal a praticarem seus valores com CINCO casas decimais após a vírgula, homologando os Planos Básicos de Serviços das operadoras em tal formatação.

Desta forma, com a finalidade de adequar o instrumento convocatório às determinações da ANATEL, em respeito, mais uma vez, ao Princípio da Legalidade, requer-se a alteração do Item 8.1 do Edital, permitindo a cotação dos preços com cinco casas decimais após a vírgula.

### **4. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO**

O Item 10.3.6 do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa válida.

Porém, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas também possibilita o titular a participar de licitações, conforme a seguir restará demonstrado.



A recente inovação legislativa veiculada pela Lei n.º 12.440/2011 institui a chamada Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e altera a Lei n.º 8.666/1993 para exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação no certame licitatório.

Assim, o inciso IV do art. 27, bem como o inciso V do art. 29 da Lei n.º 8.666/93 passaram a ter a seguinte redação, respectivamente:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

“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.](#)”

Com efeito, a Lei n.º 12.440/2011 criou a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT. Para sua expedição organizou-se o **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT**, centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os Tribunais Regionais do Trabalho do país. Deste Banco constam as pessoas físicas e jurídicas que são devedoras inadimplentes em processo de **execução trabalhista definitiva**.

As dívidas registradas no BNDT incluem as obrigações trabalhistas, de fazer ou de pagar, impostas por sentença, os acordos trabalhistas homologados pelo juiz e não cumpridos, os acordos realizados perante as Comissões de Conciliação Prévia (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, os termos de ajuste de conduta firmados com o Ministério Público do Trabalho (Lei nº 9958/2000) e não cumpridos, as custas processuais, emolumentos, multas, honorários de perito e demais despesas oriundas dos processos trabalhistas e não adimplidas.

Nesse sentido, cumpre trazer à colação o § 2º do art. 642-A da CLT, incluído pela Lei n.º 12.440/2011:

“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. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

§ 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.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso)

Nesse diapasão, a exemplo do que ocorre no art. 206 do Código Tributário Nacional com as certidões positivas com efeitos de negativas fiscais, também previu o legislador esta possibilidade para o sistema trabalhista. Com isso, garantiu-se que um maior número de empresas pudessem estar regularizadas perante a Justiça Trabalhista.

Não obstante, vê-se que a disposição do Edital fere não somente o texto legal mencionado, mas também o sentido intrínseco do dispositivo, ao não prever a possibilidade de regularização jurídica por parte das empresas licitantes por meio da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição.

Ante o exposto, requer a adequação do Item em comento, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

## **5. RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE**

A Cláusula décima quarta da Minuta do contrato prevê hipóteses de atraso e retenção de pagamento.

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 ao não cumprimento da regularidade fiscal.

Esse é entendimento recentemente esposado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, no sentido de que a perda da regularidade fiscal no curso de contratos de execução continuada ou parcelada justifica a imposição de sanções à Contratada, mas **não autoriza a retenção de pagamentos por serviços prestados:**

“Consulta formulada pelo Ministério da Saúde suscitou possível divergência entre o Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) 401/2000 e a Decisão nº 705/1994 – Plenário do TCU, **relativamente à legalidade de pagamento a fornecedores em débito com o sistema da seguridade social que constem do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf)**. A consulente registra a expedição, pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão de orientação baseada no Parecer 401/2000 da PGFN, no sentido de que “os bens e serviços efetivamente entregues ou realizados devem ser pagos, ainda que constem irregularidades no Sicaf”. Tal orientação, em seu entendimento, colidiria com a referida decisão, por meio do qual o Tribunal firmou o entendimento de que os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal devem exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a da seguridade social. O relator, ao endossar o raciocínio e conclusões do diretor de unidade técnica, **ressaltou a necessidade de os órgãos e entidade da Administração Pública Federal incluírem, “nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação”**, além das sanções resultantes de seu descumprimento. Acrescentou que a falta de comprovação da regularidade fiscal e o descumprimento de cláusulas contratuais “podem motivar a rescisão contratual, a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração e a aplicação das penalidades previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, mas não a retenção do pagamento”. Caso contrário estaria a Administração incorrendo em enriquecimento sem causa. Observou, também, que a retenção de pagamento ofende o princípio da legalidade por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93. O Tribunal, então, decidiu responder à consulente que os órgãos e entidades da Administração Pública



Federal devem: a) “... exigir, nos contratos de execução continuada ou parcelada, a comprovação, por parte da contratada, da regularidade fiscal, incluindo a seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal”; b) “... incluir, nos editais e contratos de execução continuada ou parcelada, cláusula que estabeleça a obrigação do contratado de manter, durante a integral execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, prevendo, como sanções para o inadimplemento a essa cláusula, a rescisão do contrato e a execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração, além das penalidades já previstas em lei (arts. 55, inciso XIII, 78, inciso I, 80, inciso III, e 87, da Lei nº 8.666/93)”. (Acórdão n.º 964/2012-Plenário, TC 017.371/2011-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.4.2012) (grifo nosso)

Na mesma esteira encontra-se a jurisprudência 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 pelos 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)

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 do Item em comento.

## **6. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE**

A Cláusula Décima Quinta do Contrato determina que:



*“Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, ocasionados por negligência por parte do CONTRATANTE, devidamente comprovada, e desde que tal fato não seja motivo de força maior, o valor devido será acrescido de atualização financeira, apurada a partir do término do prazo estabelecido para pagamento até a data de efetiva quitação, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, mediante a aplicação das seguintes fórmulas:”*

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.

Por todo o exposto, faz-se necessária a adequação do item em comento, referente ao 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.

## **8. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS**



A Cláusula Décima Nona prevê a aplicação de multas que ultrapassam 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>5</sup> (grifo nosso)

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 n.º 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 (*Verhältnismäßigkeit 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

---

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.





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>6</sup> (grifo nosso)

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.

---

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



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 do item em comento, para que as multas aplicadas não se extrapolem nem se fixem no patamar máximo permitido por lei.

### **9.SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI**

O Item 10.7 e seguintes do Edital estabelecem que o pregoeiro consultará os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO CNJ e CEIS, visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar deste certame.

Primeiramente, vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93<sup>7</sup> e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são *numerus clausus*.**

<sup>7</sup> A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 (“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.



Com efeito, o elenco dos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações deve ser pautado como máximo, ou seja, o Edital não poderá exigir mais do que ali previsto.

Ora, a atividade licitatória deve necessariamente sujeitar-se ao disposto na ordem jurídica, em observância ao princípio da legalidade.

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<sup>8</sup>.

Logo, as exigências habilitatórias não podem ultrapassar os limites da razoabilidade, além de não ser permitido o estabelecimento de cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para o cumprimento do objeto licitado.

Certamente não é o caso das exigências habilitatórias previstas no item em comento, as quais não guardam compatibilidade com o objeto licitado, razão pela qual são totalmente dispensáveis.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeiro, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos aqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei no 8.666/1993.”  
(Acórdão 2056/2008 Plenário)

Como visto, deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentatum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ademais, na eventualidade de existirem sanções registradas nesses cadastros, só poderia se dizer que existiria impedimento de participação, se a sanção ali cadastrada fosse restritiva do direito de participar de licitações, cujos efeitos estão limitados ao órgão penalizante na forma do Art. 87, III, da Lei 8.666/93. Ou seja, para que se possa associar o resultado da consulta

---

<sup>8</sup> “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)



como impeditivo de participação, a sanção ali registrada deve ser restritiva de participação somente com o presente órgão licitante.

Assim, a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser condicionante da participação. Para que haja impedimento, a sanção registrada deve necessariamente ser em face do órgão licitante, sob pena de se estar ampliando o previsto na Lei 8.666/93, impedindo a participação de empresas punidas em quaisquer casos, ferindo frontalmente a jurisprudência dominante do TCU sobre o tema.

Ante o exposto, requer a exclusão das exigências previstas nos itens em comento, posto que não estão relacionadas diretamente com a execução do objeto, bem como vão além do rol previsto nos itens 27 a 31 da Lei n.º 8.666/93.

Ou então, que sejam adequados ou esclarecidos os itens em comento aos argumentos e ressalvas pontuados acima, ou seja, que não seja considerada impeditiva à participação no certame à inscrição de sanção registrada em quaisquer dos cadastros em questão, salvo se esta se operar no âmbito do órgão licitante, nos termos do art. 87, III, da L. 8666/93.

### **DOS ITENS TECNICOS:**

#### **DO ANEXO I TERMO DE REFERENCIA**

Da análise das especificações técnicas, sobrevieram imperfeições que incidirão diretamente na execução do contrato. Há também a necessidade de flexibilização de algumas exigências para que se possa atingir o melhor preço da proposta, beneficiando a Administração Pública com a prestação de serviços de qualidade com preços mais módicos.

#### **TEM 7. 7. MODELO DE EXECUÇÃO DO OBJETO**

*7.2. Os serviços de instalação deverão ser feitos no prazo máximo de 10 (dez) dias consecutivos a contar da assinatura do contrato.*

Este Item trata-se do prazo de entrega do objeto fixado em 10 dias, ocorre que este prazo é praticamente inexecutável uma vez que o texto não menciona os casos de necessidade de elaboração de projeto específico para viabilizar a infraestrutura necessária à prestação do serviço.

Para elaboração e execução do projeto de implantação, deverá ser mobilizado várias empresas: Prefeitura, Empresa de Energia Elétrica, entre outras.



Portanto estes prazos tornam-se praticamente inexequível para as empresas que pretendem participar do processo licitatório.

**Pedido:** Diante do exposto solicitamos que o prazo de instalação seja flexibilizado para 30 dias para a instalação do serviço.

### **PEDIDO**

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** requer que V. S<sup>a</sup> julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Campo Grande/MS, 05 de fevereiro de 2021.

**TATIANA FERREIRA GUILHON**

OAB/RJ Nº157.413

CPF/MF sob nº 104.776.457-12

(PROCURADOR)

**EMILSON FERNANDES DE SIQUEIRA**

Carteira de Identidade nº 11.154.236-1 DETRAN RJ

CPF/MF sob nº 052.402.137-63

(PROCURADOR)

## TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

### PREGÃO ELETRÔNICO Nº 03/2021

#### RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

##### I – DOS FATOS

Trata-se de resposta ao pedido de impugnação ao Edital de Licitação do Pregão Eletrônico nº 03/2021, Processo nº 20.578/2020, que tem por objeto em síntese a contratação de empresa especializada em serviços de telefonia fixa comutada (STFC), solicitado pela empresa OI S/A., com sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, quadra 03, Bloco A, Ed. Estação Telefônica – Térreo – Parte 2, CEP 70.713-900, inscrita no CNPJ sob nº 05.423.963/0001- 11.

##### II – DA ADMISSIBILIDADE

O pedido de impugnação ao edital do pregão está disciplinado no artigo 24 do Decreto Federal nº 10.024/2019, que estabelece o prazo para apresentação em até três dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, ou seja, dia 09.02.2021 (terça-feira), além de haver a previsão no item 22 do Edital em epígrafe.

O pedido foi enviado por email, na data de 09/02/2021 (terça-feira), às 11h27, ao passo que a abertura da sessão pública marcada para ser realizada no dia 18/02/2021.

Por tempestivo conhece-se do pedido de impugnação apresentado.

##### III – DO PLEITO

A empresa OI S/A apresentou impugnação ao edital do Pregão em comento e, intenta averbar o instrumento impugnatório ao Edital, em síntese, os pontos elencados abaixo. O inteiro teor da peça impugnatória encontra-se disponível na íntegra no campo próprio do sistema Comprasnet.

1. da vedação de participação de licitantes em regime de consórcio;
2. do impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral;
3. da correta cotação dos preços com cinco casas decimais;
4. da exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público;
5. da retenção de pagamento pela contratante;
6. das garantias à contratada em caso de inadimplência da contratante;
7. das penalidades excessivas;
8. da exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em lei;
9. do prazo de instalação.

#### IV – DA APRECIÇÃO

Ressalte-se, preliminarmente, a importância do instrumento do pedido de 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 os pedidos de impugnações, 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.

Assim, passa-se a análise do pedido de impugnação apresentado.

Em resumo a empresa OI requer a alteração dos seguintes pontos do edital:

##### **1. da vedação de participação de licitantes em regime de consórcio;**

Em relação a vedação de participação de empresas consorciadas, é o entendimento do Tribunal de Contas da União, no voto constante do Acórdão nº 1.165/12, Plenário, do Rel. Min. Raimundo Carreiro, D.O.U de 18/05/2012, que se trata de uma decisão de caráter discricionário e o juízo acerca da admissão ou não de empresas consorciadas na licitação deverá ser realizado em cada caso concreto.

Portanto, vedar a participação de consórcios não constitui, por si só, restrição à participação e consequente restrição ao caráter competitivo da licitação.

Assim, ao optar pela vedação, julgou-se que tal medida favorecerá a boa condução desta licitação e atende ao interesse almejado pelo TRT, especialmente no critério de gestão de contratos e economicidade e racionalidade de atuação na fase de execução contratual, considerando as várias Unidades envolvidas no objeto da licitação.

Aliás, a discricionariedade administrativa é conferida no próprio texto legal, no art. 33, da Lei nº 8.666/93: “quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:...”. Veja-se que a faculdade se encontra na expressão “quando permitida”.

Portanto, conhecendo as razões apresentadas, permanecerá a vedação de participação de consórcio, mantendo-se inalterado o edital e, consequentemente, rejeitando-se a impugnação nesse ponto.

##### **2. do impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral;**

Importante esclarecer que a leitura inteligível do item 7.2 do edital aduz que não poderão participar deste Pregão Eletrônico as empresas suspensas temporariamente para contratar com a Administração (artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/1993), ou seja, não poderão participar as empresas suspensas temporariamente para contratar com o TRT da 24ª Região, nos termos do artigo 87, inciso III da Lei nº 8.666/1993.

Com efeito, a empresa OI não se encontra suspensa temporariamente para contratar com este órgão, portanto, poderá participar do presente certame.

##### **3. da correta cotação dos preços com cinco casas decimais;**

A participação neste pregão permite que a formação dos preços totais de cada item utilize cinco casas decimais após a vírgula para os preços unitários homologados nos planos básicos ou alternativos de serviços das operadoras.

**4. da exigência de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público;**

É sabido que tanto a jurisprudência quanto a doutrina já pacificaram o entendimento de que a certidão de regularidade positiva com efeitos de negativa conserva o mesmo efeito legal das certidões negativas e satisfazem, portanto, a comprovação da regularidade fiscal ou trabalhista.

Nesse sentido, cumpre-nos informar que a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas comprovará a regularidade trabalhista.

**5. da retenção de pagamento pela contratante;**

A minuta de contrato do Edital de Pregão Eletrônico nº 03/2021, assim estabelece em sua cláusula décima quarta, § 4º:

*“§ 4º Ocorrendo atraso na entrega do objeto ou no caso de inexecução parcial ou total, o valor da multa correspondente será retido do pagamento e concedido prazos para defesa prévia e recurso, observando-se as disposições contidas nos artigos 87, § 2º e 109, inciso I, alínea “f”, da Lei nº 8.666/1993.*

Segundo a impetrante, a retenção de pagamentos decorrente de medidas que não estejam relacionadas ao art. 87 da Lei 8.666/1993, em obediência ao princípio da legalidade, não encontram amparo na legislação vigente e propõe que seja impedida a imposição à Contratada de medidas que não estejam relacionadas no artigo supracitado.

Importante relatar que a redação do item faz menção à retenção de pagamento à contratada resultante da aplicação de multa por atraso na entrega do objeto ou no caso de inexecução contratual. Com efeito a penalidade de multa encontra-se relacionada ao art. 87 da Lei 8.666/1993.

Por outro lado, a eventual situação de irregularidade fiscal da contratada não impede o pagamento, se o serviço tiver sido prestado e atestado. Tal hipótese ensejará, entretanto, a adoção das providências tendentes ao sancionamento da empresa e, a depender do caso, até a rescisão contratual.

**6. das garantias à contratada em caso de inadimplência da contratante;**

O Termo de Referência do Edital do Pregão Eletrônico nº 03/2021, assim estabelece em seu item 18.1:

*“Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, ocasionados por negligência por parte do CONTRATANTE, devidamente comprovada, e desde que tal fato não seja motivo de força maior, o valor devido será acrescido de atualização financeira, apurada a partir do término do prazo estabelecido para pagamento até a data da efetiva quitação, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 6% (seis por cento) ao ano, (...)*

A redação do dispositivo no edital expressa previsão de atualização financeira (juros de mora), no caso de eventuais atrasos de pagamento ocasionados por parte do órgão contratante.

De outra parte, não se afigura possível a previsão de aplicação de penalidade ao contratante, haja vista o fato de que no atual ordenamento jurídico inexistente a possibilidade de o particular, que contrata com a Administração Pública, venha adquirir poderes para impor penalidade à mesma. Nesse sentido, relatamos o entendimento do TCU ao discutir sobre a matéria:



## TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

*“...evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite amparo legal, ante o seu caráter punitivo... Fonte TCU – Decisão 585/94-1”*

### **7. das penalidades excessivas;**

A Minuta do Contrato (Anexo III) do Edital de Pregão Eletrônico nº 03/2021, assim estabelece em sua cláusula 19:

*“Multa de 30% (trinta por cento) sobre o valor total contratado, em caso de inexecução total da obrigação assumida;”*

É necessário ressaltar que de acordo com o que dispõe o artigo 87 da lei n.º 8.666/93, não há um critério legal a ser utilizado pela Administração para fixação das multas no instrumento convocatório. A fixação dos limites máximos encontra-se no âmbito de discricionariedade do Administrador, dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade.

Justamente nesse contexto, impõe-se seja dito que o percentual de 30% previsto no edital é no caso de inexecução total, ou seja, só o inadimplemento total da obrigação assumida importará na aplicação desse percentual, guardando, assim consonância com os dispositivos legais que regem a matéria.

Por outro lado, a multa contra qual se insurge a empresa somente será devida após regular contraditório e ampla defesa, oportunidade em que assumirá feição mais concreta o princípio da proporcionalidade, agindo como controlador do ato administrativo, como costuma acontecer ordinariamente, especialmente nos casos de aplicação de penalidades.

Ademais, o objetivo da multa é o de indenizar os prejuízos advindos do não cumprimento da obrigação, e deve atuar como fator inibidor, de modo que o licitante ou o contratado abstenha-se de praticar ato que possa vir a gerar sua aplicação. Se as multas forem fixadas a um percentual ínfimo, cujo montante seja inexpressivo, teremos que as multas não cumprirão as suas finalidades, uma vez que, em determinadas ocasiões, será mais vantajoso ou mais fácil ao contratado descumprir a obrigação total assumida do que cumpri-la.

O que se pretende, com a estipulação das multas é assegurar a segurança jurídica contratual, estabelecendo sanções para os casos de inadimplemento e, via de consequência, busca-se preservar a continuidade na prestação do serviço público. E mais, deve ser punição suficiente de forma a desestimular o inadimplemento das prestações obrigacionais.

De mais a mais, sabe-se que este órgão executa função pública essencial, razão pela qual as sanções dispostas no edital impugnado estão em estrita consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem com os demais dispositivos legais que regulam a matéria, já que tem como objetivo a garantia da continuação da prestação de serviço público. Sendo assim, o inadimplemento contratual implicaria maiores prejuízos ao órgão e a sua função pública do que as sanções estipuladas no edital.

Por fim, não há qualquer irregularidade que vicie o edital, neste aspecto, estando em consonância com o disposto no artigo 87, da Lei 8.666/93, que dispõe que o montante das multas será fixado pelo Edital.

### **8. da exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em lei;**

A empresa Oi contesta o item 10.7 do Edital, ao argumento de que a simples existência de registro de penalidade de suspensão ou impedimento com outros órgãos que não o licitante, não pode ser

## TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

condicionante da participação, requerendo que seja considerada somente a restrição que recaia no âmbito do órgão licitante.

Aproveitando a ocasião, informamos que o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) é um banco de informações mantido pela Controladoria-Geral da União (CGU), que tem como objetivo consolidar a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções das quais decorra como efeito restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública. A Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) trouxe a obrigatoriedade de os entes públicos, de todos os Poderes e Esferas de Governo, manterem este cadastro atualizado. Para atender a esta exigência, a CGU desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que é alimentado diretamente pelos entes e é a fonte de dados publicados no CEIS. Além do âmbito legal da exigência, ela encontra amparo nos Acórdãos TCU nº 1.793/11 e 2.218/2011-Plenário, veja-se:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de auditoria de conformidade realizada pela Secretaria de Fiscalização em Tecnologia da Informação (Sefti) na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg) e do sistema Comprasnet, atendendo ao Tema de Maior Significância (TMS) 9 do Plano de Fiscalização de 2010, Bases de Dados da Administração Pública, e de promover o treinamento de servidores de outras secretarias de controle externo nas técnicas e ferramentas de auditoria de dados.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

(...)

9.3.5. oriente os órgãos e entidades sob sua atuação a verificarem, durante a fase de habilitação das empresas, a existência de registros impeditivos de contratação por improbidade administrativa no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa disponível no Portal do CNJ, além da habitual pesquisa já realizada no módulo Sicaf do sistema Siasg, em atenção ao art. 97, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993;

O objetivo das ferramentas ora impugnadas é afastar os contratantes que se encontram nas situações impeditivas de contratação, sendo que é por meio das consultas aos cadastros indicados que a Administração verificará a regularidade do licitante, além de prevenir contratações com empresas inidôneas (CEIS, CNJ e TCU).

Portanto, a impugnação da Empresa não merece prosperar, sendo certo que o item supracitado do Edital está em estrita observância às disposições legais cabíveis à espécie, dito isto, a previsão editalícia será mantida.

### **9. do prazo de instalação.**

Haja vista a necessidade de manifestação da área técnica acerca do prazo de instalação, os autos foram endereçados ao setor demandante, que assim se pronunciou:

“Ressaltamos que o prazo máximo de 10 (dez) dias consecutivos para execução dos serviços de instalação especificados por este órgão é um prazo usual de mercado,

## TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

portanto, razoável e atende à necessidade deste Tribunal e, também, se mostra suficiente, tendo em vista, que por ocasião da coleta de orçamentos prévios junto aos fornecedores, quando da fase interna do processo licitatório, houve a informação por empresas do ramo de que este prazo é possível de ser cumprido para a execução do que exige o Edital.

Com efeito, o prazo estabelecido no instrumento convocatório é condizente com o tempo-médio praticado no mercado para contratações similares.

Os prazos de execução previstos no presente Edital foram consubstanciados em análises técnicas e apresentam-se como possíveis de atendimento, não sendo crível que seja considerado exíguo.

Por outro lado, a instalação dos serviços é uma decisão que depende exclusivamente da estratégia de negócios da licitante, na qual a Administração Pública não pode interferir.

Por conseguinte, não é possível a dilação do prazo de execução dos serviços de instalação dos serviços, mantendo-se inalterado o prazo de instalação.”

### **V – DA DECISÃO**

Por todo o exposto, este Pregoeiro decide conhecer a Impugnação interposta pela empresa OI S.A., considerando ter sido apresentada de forma tempestiva. Quanto ao mérito o Pregoeiro decide negar-lhe provimento, mantendo inalterado o Edital do Pregão Eletrônico nº 03/2021, bem como a data e o horário da sessão para abertura de proposta.

Campo Grande - MS, 11 de fevereiro de 2021.

**Carlos Alberto Barlera Coutinho**  
**Pregoeiro**