



ILMO. SR. PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO

REF.: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N.º 23/2019

TELEMAR NORTE LESTE S.A., em Recuperação Judicial, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, doravante denominada “Oi”; 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 7ª REGIÃO instaurou procedimento licitatório na modalidade pregão, na forma eletrônica, sob o n.º 23/2019, visando a contratação de empresa especializada para prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) tipo feixe E1 para o PABX do TRT Sede e PABX do Fórum Aufran Nunes, definido pelo Plano Geral de Outorgas (Decreto nº 6.654/08), na modalidade Serviço Local, sob o regime de empreitada por preço unitário, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

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

O item 4.3.1 do Edital prevê que estão impedidos de participar, as licitantes que estiverem proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente.

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.”¹

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.”²

Este entendimento foi ratificado em recentes decisões do Plenário do **Tribunal de Contas da União** (Acórdãos n.º 3.243/2012-Plenário, 3.439/2012-Plenário e Acórdão

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012, p. 142.

² PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007, p. 125.



842/2013-Plenário)³, segundo o qual **os efeitos jurídicos da referida sanção está adstrita ao órgão que a aplicou.** Nesse sentido, destaca-se:

Informativo TCU 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.**

³ Decisões publicadas recentemente, respectivamente, nos informativos do TCU nº 134, nº 136 e nº 147.



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.

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 4.3.1 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, a fim de evitar interpretações diversas.

2. EXIGÊNCIA ABUSIVA

Os itens 4.4, 4.3.1, 9.6.3 e 20.5 do Edital e o ANEXO VI preveem que é vedada a contratação de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de: detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação; ou de autoridade hierarquicamente superior no âmbito do órgão contratante. Considerando-se familiar o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o terceiro grau.

Ocorre que, tais exigências mostram-se excessivas, na medida em que não possuem finalidade correlata à execução do objeto.

Além disso, as empresas de capital aberto que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.



Nesse contexto, é relevante destacar que o instrumento convocatório deve se abster de incluir cláusulas e exigências desnecessárias à finalidade da contratação, bem como aquelas que frustrem o caráter competitivo do certame.

A exigência imposta pelo Edital é medida extremamente restritiva à participação de interessados, cuja consequência direta será reduzir a participação das empresas que, nos termos da regulamentação dos serviços de telecomunicações, possuem outorga para prestação de todos os serviços licitados.

Cumprido destacar que quanto 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.” (grifo nosso)

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;” (grifo nosso)

Ademais, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei n.º 8.666/93 assim dispõe:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do



desenvolvimento nacional sustentável 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;” (grifo nosso)

Inexiste no mercado uma ampla gama de opções, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das operadoras em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista nos itens em comento.

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

Os Itens 8.1, 8.1.1, 8.1.2, 8.1.3 e 8.1.4 do Edital determinam que o pregoeiro, auxiliado pela equipe de apoio, consultará os sistemas de registros de sanções SICAF, LISTA DE INIDÔNEOS DO TCU, 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 8.666/93⁴ 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.**

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 Federal⁵.

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

⁴ 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.

⁵ 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)



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 argumentadum 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 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.

4. REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO



O Item 13.2 do Edital determina que, previamente à contratação, a Administração realizará consulta “online” ao SICAF, bem como ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados – CADIN, cujos resultados serão anexados aos autos do processo.

Como se vê, o presente Edital estipula como condição para a celebração definitiva do contrato a comprovação referente ao CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal).

De início, relativo a este tema do CADIN, vale transcrever a regra presente no art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002 (legislação que dispõe sobre o tema), que afirma:

“Art. 6º - É obrigatória a consulta prévia ao Cadin, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para:

(...)

III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos.”

O que se nota é que, apesar de exigir a consulta prévia no caso de contratação, o dispositivo legal não menciona, em nenhum momento, a possibilidade de que a consulta ao CADIN seja elemento impeditivo à contratação de qualquer licitante. A análise ao CADIN tem natureza consultiva.

O **Tribunal de Contas da União (TCU)**, saliente-se, apresenta posicionamento neste mesmo sentido, conforme se percebe nos julgados abaixo:

“Em seu voto, o relator destacou que o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, “não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin”. (...) Dessa forma, **não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin**. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o



desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer consequência em relação às contratações a serem realizadas." (TCU, Acórdão nº 5.502/2008, 2ª Câmara)

“Além disso, ‘a ausência ou não de consulta ao CADIN não necessariamente levará a contratações de empresas ou entidades que constem daquele cadastro, desde que, no mínimo, tais contratações avaliem previamente a regularidade fiscal dos interessados, nos termos do artigo 27 da Lei nº 8.666/93; do artigo 3º, § 2º, incisos III, alínea a, e V do Decreto nº 6.170/2007 e do artigo 18, inciso VI, da Portaria MP/MF/MCT 127/2008, dentre outros dispositivos. **Nesse contexto, embora a consulta ao CADIN possa parecer inócua é obrigatória por Lei. E mesmo considerando que o simples fato de constar do cadastro não seja, isoladamente, um fator impeditivo para a celebração de contratos ou outros ajustes com a Administração Pública,** a consulta poderá auxiliar na verificação das informações prestadas pelos administrados e pelos demais órgãos da Administração, em especial as constantes em certidões e declarações.” (TCU, Acórdão nº 7.832/2010 - 1ª Câmara)

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de apreciar o tema, sendo categórico em afirmar que “**falsas empresas inscritas no CADIN - Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidades Federais não quitados, não estão impedidas, pelo só fato da inscrição, de contratarem com a Administração.**” (STF, RE n. 358.855/PE, Relator Ministro Dias Toffoli, j. em 12.04.2010, DJ 27.04.2010).

Ademais, julgando uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o STF repetiu seu posicionamento. Segue o acórdão publicado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.442, DE 10.05.1996, E SUAS SUCESSIVAS REEDIÇÕES. CRIAÇÃO DO CADASTRO INFORMATIVO DE CRÉDITOS NÃO QUITADOS DO SETOR PÚBLICO FEDERAL



- CADIN. 1. **A criação de cadastro no âmbito da Administração Pública Federal e a simples obrigatoriedade de sua prévia consulta por parte dos órgãos e entidades que a integram não representam, por si só, impedimento à celebração dos atos previstos no art. 6º do ato normativo impugnado.** 2. A alteração substancial do art. 7º promovida quando da edição da Medida Provisória 1.863-52, de 26.08.1999, depois confirmada na sua conversão na Lei 10.522, de 19.07.2002, tornou a presente ação direta prejudicada, nessa parte, por perda superveniente de objeto. 3. Ação direta parcialmente prejudicada cujo pedido, no que persiste, se julga improcedente. (STF, **ADI n. 1.454**, Relatora Ministra Ellen Gracie – Tribunal Pleno, j. em 20/06/2007, DJ 02.08.2007).

Ante o exposto, requer a exclusão do Item em comento, ou ainda, que se esclareça o referido item para que a inexistência de registro no CADIN não seja considerada condição para a celebração do contrato na presente licitação, posto que tal imposição não encontra consonância com a disposição do art. 6º, inciso III, da Lei n.º 10.522/2002, conforme se percebe de firme posicionamento do STF e do TCU.

5. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

Da análise do item 12.30 do Termo de Referência e do item 8.30 da Minuta do Contrato, verifica-se a previsão de que a contratada deverá responder pelos danos causados à Administração ou a bens do Contratante, sem, no entanto, mencionar acerca da apuração DIRETA de culpa ou dolo.

Insta esclarecer que a previsão contida no referido item é desproporcional, pois prevê que a Contratada deverá arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante.

Contudo, importante destacar que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, a Contratada somente deverá arcar com o ressarcimento no limite de sua responsabilidade, ou seja, caso o prejuízo ou dano seja decorrente diretamente de sua



culpa ou dolo, o que evidencia a ilegalidade dos itens em exame, nos termos do art. 70 da Lei n.º 8.666/93:

“Art. 70. O contratado é responsável pelos **danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato**, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (grifo nosso)

Nesse sentido, cumpre colacionar o entendimento de Marçal Justen Filho acerca do tema:

“O particular responde civilmente pelos danos que acarretar à Administração ou a terceiros. O regime jurídico aplicável, porém, exige esclarecimento.

De regra, a responsabilidade civil do particular perante a Administração sujeita-se aos princípios de direito privado. Em qualquer caso, **não basta o dano para surgir o dever de indenizar**. A conduta do sujeito deve caracterizar-se como culposa, segundo os princípios de Direito Civil, inclusive no tocante a eventuais presunções de culpa. **Se o dano foi produzido pela conduta do sujeito sem que concorresse dolo ou culpa, não surge o dever de indenizar**. Essas regras são aplicáveis no relacionamento entre o particular e a Administração.”^[1] (grifos nossos)

Diante disso, cumpre trazer à colação o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Detectadas falhas em procedimento licitatório no qual não se apurou dano ao Erário, tampouco se vislumbrou dolo ou má-fé na atuação dos responsáveis, cumpre expedir determinações corretivas a entidade. (Acórdão n.º 2664/2007, Plenário)

Portanto, é evidente que somente surgirá o dever de a Contratada indenizar se ficar comprovado que o dano foi causado diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes da culpa ou dolo da Contratada.

^[1] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 814.



Ressalte-se que o dano direto é aquele que produz no bem imediatamente em consequência do evento determinante, enquanto que no dano indireto, o prejuízo só se verifica como consequência posterior.

Assim, caso tenha sido causado dano diretamente à Administração ou a terceiros, sem restar comprovada a culpa ou dolo da Contratada, a Contratante não poderá exigir indenização dos eventuais prejuízos causados, mas apenas determinar à Contratante a adoção de medidas corretivas.

Diante do exposto, requer seja alterado o item 12.30 do Termo de Referência e do item 8.30 da minuta do Contrato, de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.

6. GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

O Item 17.7 do Edital e o item 13.7 da Minuta do Contrato dispõem que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, o cálculo dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial”.

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de



desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Pelo exposto, faz-se necessária a adequação do Item 17.7 do Edital e o item 13.7 da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento em caso de 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.

7. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

Os itens 17.1 e 17.5 do Edital, o item 15.1 do Termo de Referência e os itens 13.1 e 13.4 da Minuta do Contrato estabelecem que será verificada a regularidade fiscal da Contratada mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura.

Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal.

Não obstante tal fato, é importante observar que a exigência de apresentação das certidões de regularidade juntamente com as notas fiscais não é razoável. Explica-se: as certidões de regularidade fiscal/social/trabalhista possuem um período de vigência que ultrapassa o período mensal (30 dias).

Assim, a apresentação mensal das referidas certidões foge dos padrões lógicos, visto que o prazo de validade das mesmas ultrapassa o período de trinta dias.



É de suma importância observar que não está se discutindo aqui a necessidade da manutenção dos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Tal fato é inquestionável! O que se discute nesta análise é a desproporcionalidade e ilegalidade em exigir a apresentação mensal desses requisitos, principalmente, pelos mesmos possuírem período de vigência superior à 30 (trinta) dias.

Vale corroborar, que a Administração Pública possui fé pública para certificar as informações apresentadas nas certidões. Se a certidão informa que seu prazo de validade é de 120 dias, porque a contratada deverá apresentar a certidão mensalmente?

Verifica-se a incongruência na aplicação da exegese dos itens 17.1 e 17.5 do Edital, do item 15.1 do Termo de Referência e dos itens 13.1 e 13.4 da Minuta do Contrato. Como se sabe, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Carlos Ari Sundfeld, na obra “Fundamentos de Direito Público” afirma o seguinte acerca da proporcionalidade (fls. 165):

“A proporcionalidade é expressão quantitativa da razoabilidade. É inválido o ato desproporcional em relação à situação que o gerou ou à finalidade que pretende atingir.”

Ora, o administrador está jungido ao Princípio da Legalidade, portanto, ao determinar obrigações que não possuem previsão legal, atua de forma desproporcional e irrazoável.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”⁶.

O princípio da regra da razão expressa-se em procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária da segurança, temperada pela justiça, que é a base do Direito.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 36.



A Administração Pública está obrigada a adotar a alternativa que melhor prestigie a racionalidade do procedimento e de seus fins.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho ensina que:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger.”⁷

Diante disso, requer a alteração dos itens 17.1 e 17.5 do Edital e o item 15.1 do Termo de Referência e os itens 13.1 e 13.4 da Minuta do Contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

8. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

O item 17.3 do Edital , o item 15.3 do Termo de Referência e o item 13.3 da Minuta do Contrato estipulam que as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção.

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida, deve ser paga pela Administração prontamente, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Com efeito, as despesas não contestadas, ou seja, aquelas cujos valores são incontroversos, devem ser quitados pela Contratante, sob pena de caracterizar retenção indevida, pois os valores pendentes de pagamento deverão corresponder aos erros e circunstâncias que impossibilitaram a verificação do valor da despesa.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 78.



Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

Diante disso, requer a adequação do item 17.3 do Edital, o item 15.3 do Termo de Referência e o item 13.3 da Minuta do Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

9. DA PRESTAÇÃO ININTERRUPTA DOS SERVIÇOS DE STFC

Todavia, não obstante o instrumento convocatório ressaltar os casos de interrupções programadas, não leva em consideração as hipóteses de interrupção da prestação do STFC, em afronta à Resolução n.º 426/2005.

Com efeito, o artigo 29 do Regulamento do STFC prevê as hipóteses de interrupções excepcionais:

“Art. 29. São interrupções excepcionais do serviço as decorrentes de situação de emergência, as motivadas por razões de ordem técnica ou por razões de segurança das instalações, conforme a seguir:

I - situação de emergência: situação imprevisível decorrente de força maior ou caso fortuito, que acarrete a interrupção da prestação do serviço, sem que se possa prevenir sua ocorrência;

II - razões de ordem técnica: aquelas que, embora previsíveis, acarretem obrigatoriamente a interrupção do serviço como condição para a reparação, modificação, modernização ou manutenção dos equipamentos, meios e redes de telecomunicações; e

III - razões de segurança das instalações: as que, previsíveis ou não, exijam a interrupção dos serviços, entre outras providências, visando impedir danos ou prejuízos aos meios, equipamentos e redes de telecomunicações da prestadora ou de terceiros.”



Portanto, resta claro que existem situações nas quais as interrupções não são previsíveis, razão pela qual as operadoras não podem programá-las.

Ademais, o mesmo Regulamento prevê, no art. 100 e seguintes, as hipóteses de suspensão da prestação do STFC por falta de pagamento do assinante:

“Seção VI

Da Suspensão do STFC por Falta de Pagamento

Art. 100. A prestadora pode suspender o provimento do serviço ao assinante que não honrar o pagamento de débito diretamente decorrente da utilização da modalidade do serviço prestado, após transcorridos 30 (trinta) dias de inadimplência.

§ 1º A inadimplência se caracteriza pelo não pagamento de débito decorrente diretamente da prestação do STFC inserido no documento de cobrança de prestação de serviço, de periodicidade regular, sem contestação pelo assinante.

(...)

Art. 101. Transcorridos 30 (trinta) dias de inadimplência a prestadora pode suspender parcialmente o provimento do STFC, com bloqueio das chamadas originadas, salvo em hipótese de contestação pelo assinante.

(...)

Art. 102. A prestadora, após um período mínimo de 30 (trinta) dias de suspensão parcial do provimento do STFC, permanecendo o assinante inadimplente, pode proceder à suspensão total do provimento do STFC, inabilitando-o a originar e receber chamadas, salvo originar chamadas aos serviços públicos de emergência, observadas as restrições técnicas.

(...)



Art. 104. Transcorridos 30 (trinta) dias de suspensão total do provimento do serviço em determinada modalidade de STFC, por inadimplência, a prestadora pode rescindir o contrato de prestação de serviço, desde que notifique o assinante por escrito.”

Logo, transcorridos 30 (trinta) dias de inadimplência da Contratante, a Contratada poderá suspender parcialmente a prestação dos serviços. Decorridos 60 (sessenta) dias da data de vencimento, poderá a Contratante suspender totalmente o serviço, condicionado o desbloqueio ao pagamento do valor da nota em atraso. Por fim, poderá a Contratada, após 90 (dias) da data de vencimento, caso a Contratante continue inadimplente, rescindir o Contrato de prestação de serviços.

Ante o exposto, requer a adequação do item 12.9 do Termo de Referência e do item 8.9 da Minuta do Contrato, tendo em vista que a prestação dos serviços poderá ser interrompida de forma programada, em razão de situações de emergência, motivada por razões de ordem técnica ou por razões de segurança das instalações, bem como suspensão por falta de pagamento da Contratante, nos termos da Resolução da Anatel n.º 426/2005.

10. BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

Os itens 16.1.4, 16.1.5 e 16.1.6 do Termo de Referência e os itens 11.2.4, 11.2.5 e 11.2.6 da Minuta do Contrato preveem a aplicação de multas sobre o valor total adjudicado, mesmo em caso de inexecução parcial.

No entanto, não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

Ora, não é justa nem razoável tal determinação, posto que uma vez ocorrido o descumprimento tão somente de parte do contrato celebrado, é razoável que o cálculo da penalidade incida apenas sobre aquela parcela e não sobre o valor integral da



contratação, como se a Contratada tivesse descumprido obrigações contratuais em sua totalidade.

Desta forma, **em caso de descumprimento parcial das obrigações a base de cálculo da multa deverá ser o valor da parcela ou do serviço em atraso, e não o valor total das obrigações.**

O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidade da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)



Este princípio (proporcionalidade) enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobretudo quando a Administração restringe a situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (em “Curso de Direito Administrativo”, 12ª edição, páginas 79 a 81)

A ilustríssima Prof. Lúcia Valle Figueiredo classifica ambos os princípios (proporcionalidade e razoabilidade) da seguinte forma:

“Consoante penso, não se pode conceber a função administrativa, o regime jurídico administrativo, sem se inserir o princípio da razoabilidade. É por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contratar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito... não é lícito ao administrador, quando tiver de valorar situações concretas, depois da interpretação, valorá-las a lume dos seus standards pessoais, a lume de sua ideologia, a lume do que entende ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade, do que em Direito Civil se denomina valores do homem médio.

Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se



atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.

Ao lado da razoabilidade traz-se à colação, também como princípio importantíssimo, o da proporcionalidade. Com efeito, resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades administrativas.

Traduz o princípio da razoabilidade a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração.” (grifamos) (em Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, página 47 e 48)

Extrai-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Vale dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Assim, a eventual manutenção dos percentuais de multa atacados constitui afronta aos princípios basilares que devem conduzir os atos deste órgão, quais sejam, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação dos itens em comento para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.

11. PRAZO DE INSTALAÇÃO

O item 10.1 do termo de referência prevê:

“10.1. No caso de a licitante vencedora ser diferente da atual prestadora do serviço, será concedido um prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da Ordem de Serviço, para a instalação do equipamento necessário à disponibilização do Serviço de Telefonia Fixa Comutada.”

Por se tratar de alguns pontos novos que deverão ser instalados nas localidades haverá a necessidade de implantação e rede básica. Solicitamos que o prazo de



conclusão dos serviços seja de 45 dias, contados após a disponibilização por parte da contratante, dos requisitos mínimos de infraestrutura exigidos, quando for o caso, a serem indicados pela CONTRATADA. Além disso, será necessário a PORTABILIDADE DOS SERVIÇOS de outra operadora, onde só este processo leva no mínimo 10 dias após a instalação do circuito digital pela operadora vencedora.

Assim por se tratar de um serviço customizado projetado exclusivamente para atender as necessidades deste órgão, o mais Prudente seria estipular um maior prazo para entrega e ativação do circuito a fim de possibilitar, um projeto bem elaborado e garantir a ampla concorrência entre as operadoras além de garantir a boa relação entre contratante e contratada.

PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Oi** requer que V. S^a 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 conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Fortaleza/CE, 02 de setembro de 2019.

PAULO SERGIO ALVES DE MORAES

TELEMAR NORTE LESTE S/A

RG nº 17061796-8 SSP/SP

CPF nº 097.323.788-08

PROCURADOR

TEREZA ELIZABETH BATISTA M. MACHADO

TELEMAR NORTE LESTE S/A

CPF nº 426.580.713-53

RG nº 97026003832 SSP-CE

PROCURADORA



Setor de Licitações <slicit@trt7.jus.br>

Fwd: Questionamento - TRT - CE - PE 23/2019

1 mensagem

Setor de Licitações <slicit@trt7.jus.br>

5 de setembro de 2019 11:54

Para: Antonio Fernando Braga Costa <antoniofbc@trt7.jus.br>

----- Forwarded message -----

De: **Setor de Licitações** <slicit@trt7.jus.br>

Date: ter, 3 de set de 2019 às 15:54

Subject: Fwd: Questionamento - TRT - CE - PE 23/2019

To: Antonio Fernando Braga Costa <antoniofbc@trt7.jus.br>

Fernando, encaminhado para manifestação
Clara

----- Forwarded message -----

De: **Douglas Jose De Oliveira Junior** <douglasjunior@oi.net.br>

Date: ter, 3 de set de 2019 às 14:24

Subject: Questionamento - TRT - CE - PE 23/2019

To: slicit@trt7.jus.br <slicit@trt7.jus.br>

Cc: Paulo Sergio Alves De Moraes <ps@oi.net.br>, Tereza Elizabeth <tereza.elizabeth@oi.net.br>

Prezado Pregoeiro,

A **TELEMAR NORTE LESTE S.A.**, em Recuperação Judicial, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, doravante denominada OI, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. S^a, por seu representante legal, com fulcro no art. 12 do Decreto n.º 3.555/2000, apresentar questionamento aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

SINALIZAÇÃO A SER ENTREGUE

Com relação a sinalização fornecida para o feixe digital E1. Entendemos que a sinalização pode ser entregue de acordo com a tecnologia suportada pela operadora.

Podendo a operadora entregar o serviço com a solução feixe digital E1 com sinalização R2D.

Nosso entendimento está correto?

Att,

Douglas José de Oliveira Junior

Pre-Vendas Corporativo Gf
Negócios Corporativos Governo Federal

(061) 3131-3115
(061) 98652-7303
douglasjunior@oi.net.br



A Oi Faz Sentido.

Esta mensagem, incluindo seus anexos, pode conter informações privilegiadas e/ou de caráter confidencial, não podendo ser retransmitida sem autorização do remetente. Se você não é o destinatário ou pessoa autorizada a recebê-la, informamos que o seu uso, divulgação, cópia ou arquivamento são proibidos. Portanto, se você recebeu esta mensagem por engano, por favor, nos informe respondendo imediatamente a este e-mail e em seguida apague-a.

--

Setor de Licitações-DLC
Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região
Telefones: (85)3388-9329 / (85)3388-9323(fax)

--

Setor de Licitações-DLC
Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região
Telefones: (85)3388-9329 / (85)3388-9323(fax)



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO
SEÇÃO DE LICITAÇÕES**



A empresa **TELEMAR NORTE LESTE S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, questiona o edital do pregão eletrônico nº 023/19, que trata da contratação de serviços de telefonia fixa, utilizando-se das prerrogativas legais do pedido de esclarecimentos e da impugnação.

Preliminarmente, atesta-se a tempestividade de ambos os pedidos, observadas as prescrições da Lei 20.520/02 e do Decreto 5.450/05

Em sua primeira peça, pretende esclarecer o seguinte:

“SINALIZAÇÕES SEREM ENTREGUE”

“Com relação a sinalização fornecida para o feixe digital E1. Entendemos que a sinalização pode ser entregue de acordo com a tecnologia suportada pela operadora.”

“Podendo a operadora entregar o serviço com a solução feixe digital E1 com sinalização R2D.”

“Nosso entendimento está correto?”

Tratando-se de questão de ordem técnica, promovemos diligência à área requisitante, que esclarece:

“Em resposta a indagação da operadora TELEMAR NORTE LESTE S/A, referente à sinalização para os feixes E1 de PABX, informamos que o Termo de Referência não faz menção ao tipo de sinalização a ser utilizado, desde que está permita a as duas centrais de PABX (central de PABX do TRT Sede e central de PABX do Fórum Autran Nunes) a feitura e recebimento de ligações externas de forma rápida e com qualidade.

Devendo-se levar em conta também que, conforme consta no Termo de Referência, o equipamento a ser fornecido pela operadora contratada deverá:

- I) Ser compatível com a marca (Alcatel) e modelo (4300M) das duas centrais de PABX;
- II) Permitir a portabilidade total (prefixos e sufixos) dos números chaves e de todos os ramais das duas centrais de PABX;
- III) As duas centrais de PABX deverão funcionar em sistema DDR;
- IV) A velocidade dos feixes E1 instalados deverá ser de no mínimo 2 Mbps;
- V) Quando algum telefone fixo com identificador de chamadas habilitado ou telefone móvel, receber ligação de qualquer ramal das duas centrais de PABX poderá identificar de pronto o número completo (prefixo e sufixo) do ramal que está efetuando a ligação.”

ANTONIO FERNANDO BRAGA COSTA
Telefonia do TRT da 7ª Região

Passemos ao exame dos itens da Impugnação.

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

A impugnante requer a alteração do item 4.3.1 do edital, “...para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, a fim de evitar interpretações diversas.” Fundamenta sua pretensão no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93.

De fato, o dispositivo editalício prevê a vedação de participação das empresas impedidas de participar e contratar, “na forma da legislação vigente”, vale dizer, Lei 8.666/93 para as modalidades tradicionais de licitação e Lei 10.520/02 e seus decretos regulamentadores, para o pregão.

No entanto, há equívoco quanto ao fundamento para a pretensão. Estamos tratando de licitação na modalidade pregão, em sua forma eletrônica, regido por legislação específica (Lei 10.520/02 e Decreto 5450/05), que expressamente regulamentou a matéria quanto à abrangência da sanção de impedimento de licitar e contratar, não cabendo, portanto, aplicação subsidiária a Lei 8.666/93 neste tocante.

O art. 87, inciso III da Lei 8.666/93 invocado, restringe a sanção de impedimento de licitar e contratar apenas ao âmbito do órgão licitante, enquanto a legislação do pregão a estende ao ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios no artigo 7º da Lei 10.520/02) e União (artigo 28 do Decreto 5450/05).

Sobre o assunto, pacífica é a Jurisprudência do TCU. Assim Ac. 2530/2015 - Plenário, cujo Enunciado transcrevemos abaixo, que remete, inclusive, a múltiplas deliberações no mesmo sentido (Acórdãos 5.367/2014, 6.733/2014, 6.740/2014 e 131/2015, todos da 1ª Câmara),:

“Quanto à abrangência da sanção, o impedimento de contratar e licitar com o ente federativo que promove o pregão e fiscaliza o contrato (art. 7º da Lei 10.520/2002) é

pena mais rígida do que a suspensão temporária de participação em licitação e o impedimento de contratar com um órgão da Administração (art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993), e mais branda do que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com toda a Administração Pública (art. 87, inciso IV, da Lei 8.666/1993) .”

Em conclusão, não há que se modificar o edital neste ponto.

2. EXIGÊNCIA ABUSIVA

Considera restritivas as vedações de contratar pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de: detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação; ou de autoridade hierarquicamente superior no âmbito do órgão contratante, contidas nos itens 4.4, 4.3.1, 9.6.3 e 20.5 do edital, bem como o seu Anexo VI, mormente quanto às empresas de capital aberto, “...que possuem um volume muito expressivo de acionistas, encontrarão grande dificuldade no processo de levantamento de informações tão específicas, como o grau de parentesco e vínculo empregatício de seu quadro acionário, as quais inclusive, não são informadas quando da aquisição das ações pelo público em geral.”

Em que pesem as alegações da empresa, tais vedações visam combater o nepotismo, vedado pela Constituição Federal por afrontar os princípios da impessoalidade, moralidade e igualdade e ocorre quando um agente público usa de sua posição de poder para nomear, contratar ou favorecer um ou mais parentes.

Nesse sentido, o edital encontra respaldo no ordenamento jurídico vigente (Decreto 9.507/2018 e Resolução n° 7, do CNJ), razão pela qual mantenho a cláusula editalícia.

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

Requer a exclusão da exigência supra, constante dos itens 8.1 a 8.14 do edital, segundo entende, “...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.”

A contrário do alegado, as exigências de habilitação previstas nos itens 8.1 a 8.14 do instrumento convocatório estão no estrito âmbito dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93.

Embora incerta no item “DA HABILITAÇÃO” a consulta ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa (CNJ), à Lista de Inidôneos (TCU) e ao SICAF, não é requisito de habilitação, e sim instrumento pelo qual se confirma condição para participação no certame.

Impende esclarecer que condições de participação são gênero do qual os critérios de habilitação são espécie; as primeiras envolvem situações jurídicas que dizem respeito à admissibilidade do interessado no procedimento licitatório, como por exemplo, os impedimentos de licitar e contratar com a Administração; já a os critérios de habilitação são exaustivos, nos termos dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93.

Sobre o assunto, o há recomendação do TCU, no Acórdão 1.793/2011 – Plenário:

“226. Disponível por meio do Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br/>), o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) da Controladoria Geral da União (CGU) registra, por meio de convênios com estados e municípios, suspensões e declarações de inidoneidade oriundas das três esferas administrativas. Esta iniciativa é importante uma vez que o cadastro do Sicafe não é obrigatoriamente alimentado pelos órgãos das demais esferas administrativas (item 9.4 do Acórdão 1.647/2010-TCU-Plenário).”

“227. O presente achado resultou de procedimento de auditoria P5_3 (constante no diretório ‘Procedimentos’ do DVD à fl.6 do anexo 15) **que buscou identificar se empresas constantes do Ceis como inidôneas vêm sendo contratadas normalmente pela APF. Tal conduta é reprovável e tipificada como crime**, tanto por parte dos gestores quanto das empresas licitantes, conforme disposto no caput e no parágrafo único do art. 97 da Lei 8.666/1993:

‘Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.’”

(...)

“250. O Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e instituído pela Resolução - CNJ 44/2007 (anexo 13, fls. 2-4) reúne sentenças judiciais transitadas em julgado contendo condenações fundamentadas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992).”

“251. No contexto do presente achado, ressalta-se o art. 12 do referido diploma legal, o qual assevera a proibição de contratação com o Poder Público aos condenados por improbidade administrativa.”

Isto posto, mantenho o item impugnado.

4. REGULARIDADE JUNTO AO CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO

A empresa pretende a exclusão do item 13.2 do instrumento convocatório, que segundo seu entendimento “...estipula como condição para a celebração definitiva do contrato a comprovação referente ao CADIN (Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal).”

Há equívoco de interpretação por parte da impugnante; inexistente o alegado condicionamento, como se depreende da redação do item impugnado:

“13.2. Previamente à contratação, a Administração promotora da licitação realizará consulta ao Cadastro Informativo de Créditos não Quitados - CADIN, SICAF, Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça e Lista de inidôneos mantida pelo Tribunal de Contas da União, para identificar eventual proibição da licitante adjudicatária de contratar com o Poder Público.”

A consulta prévia é obrigatória, de acordo com do art. 6º, inciso III, da Lei 10.522/2001, porém não há previsão para no sentido de impedir a celebração do contrato por eventuais restrições contidas no CADIN.

Nesse diapasão, o TCU tratou da matéria, em vasta Jurisprudência, como no próprio Acórdão nº 5.502/2008, 2ª Câmara trazido pela impugnante, e entre outros no Acórdão n.º 6246/2010-2ª Câmara, TC-009.487/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, cujo excerto trazemos:

“O próprio Poder Executivo, entretanto, quando da edição da MP nº 1863-52, de 26/08/1999, norma que tratava do Cadin, excluiu o referido art. 7º. E a própria Lei nº 10.522/02, oriunda da conversão da medida provisória, também não trouxe esse dispositivo. Dessa forma, não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer consequência (sic) em relação às contratações a serem realizadas.”

Apenas como medida de prudência, Coordenadoria Jurídica Administrativa deste Órgão, no Parecer TRT7.DG.CJA nº 464/2019, sugere a revisão da redação do item, nos seguintes termos:

“Previamente à contratação a Administração realizará consulta ao SICAF, Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça e Lista de inidôneos mantida pelo Tribunal de Contas da União para identificar possível suspensão temporária de participação em licitação, no âmbito do órgão ou entidade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como ocorrências impeditivas indiretas, e nos termos do art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, consulta prévia ao CADIN.”

5. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA AOS DANOS DIRETOS COMPROVADAMENTE CAUSADOS À CONTRATANTE

A insurgência refere-se aos itens 12.30 do termo de referência 8.30 da minuta contratual cuja alteração requer, “...de modo que a Contratada somente seja responsável caso tenha diretamente agido com dolo ou culpa, desde que garantida a sua ampla defesa - na forma do art. 70 da Lei 8666/93.”

Com amparo na manifestação da Coordenadoria Jurídica Administrativa (CJA) abaixo transcrita, mantenho a redação dos citados itens:

“Com relação aos itens impugnados parece-nos que houve equívoco por parte da empresa, tendo em vista que há previsão de responsabilização nos casos de dolo ou culpa, e a garantia da ampla defesa e do contraditório encontra-se prevista no item 18.4 do Edital. **Nesse sentido, prescinde de alteração os itens 12.30 do Termo de Referência e 8.30 da minuta do Contrato.**”

Assim sendo, mantenho o item em questão.

6. GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

Discute neste item a necessidade de adequação dos itens 17.7 do instrumento convocatório e 13.7 da minuta do contrato, no que se refere “...ao ressarcimento em caso de 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.”

Também neste tocante, mantemos o edital, com base no entendimento da CJA:

6.6.1 “Sobre os atrasos de pagamento da Administração, as alíneas "c" e "d" do inc. XIV do art. 40 da Lei nº. 8.666/93 dispõem o seguinte:

Art. 40 O edital conterà, no preâmbulo, (...), e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)

XIV - condições de pagamento, prevendo: (...)

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; (Grifamos)”

6.6.2 “Com efeito, verifica-se que o edital já indica com precisão as regras nos de casos de mora da Administração, com previsão de juros de mora de 6% ano conforme disposto no item 17.7. Tal previsão encontra-se compatível com a redação do item 5 do Anexo XI da IN 5/2017 do MPDG, in verbis:

“5. Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os **juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês, ou 6% (seis por cento) ao ano**, mediante aplicação das seguintes fórmulas: (...)”

6.6.3 “Quanto a possibilidade de previsão de multa moratória nos casos de atraso no pagamento por parte da Administração, a jurisprudência do TCU já se manifestou em entendimento contrário, por oportuno transcreve-se trechos abaixo:”

Acórdão nº 585/94 – Plenário

“(…) h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata no 45/90, Anexo XXII; Ata no 60/90, Anexo VI; Ata no 48/90, Anexo VI; e Ata no 23/92, Decisão no 246/92 - Plenário). (...)”

Acórdão nº 454/98 – Plenário

“(…) b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício no 412/94, procedente da 8a SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC no 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios adotados pela (...), determinou à entidade o seguinte:

"..... b. **não inclui em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos.**" (...)” (grifamos)

6.6.4 ““Em vista disso, por ausência de previsão legal, e consoante inteligência da Suprema Corte de Contas os Item(sic) 17.7 do Edital e 13.7 da Minuta do Contrato não carecem de correção.”

7. INDEVIDA CONSULTA DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

Contesta as disposições editalícias relativas à consulta à regularidade fiscal por ocasião do pagamento, de periodicidade mensal (itens 17.1 e 17.5 do edital, item 13.4 do termo de referência e 13.4 da minuta do contrato), no entender da impugnante, exigência ilegal e desproporcional, uma vez que as certidões negativas possuem vigência superior à 30 (trinta) dias.

Os itens em questão não se prestam à apresentação mensal de certidões, mas tão somente à verificação da regularidade fiscal da contratada e atende ao disposto no inciso XIII, do art. 55, da Lei 8.666/83, que remete à obrigação da contratada de manter condições exigidas na habilitação durante toda a execução do contrato.

Portanto, não há razão para alteração dos itens impugnados.

8. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

Refuta os itens 17.3 do edital, 15.3 do termo de referência e 13.3 da minuta do contrato, dos quais consta que “as faturas que apresentarem incorreções serão devolvidas à Contratada e não será iniciada a contagem de prazo para pagamento pela Contratante até a sua correção,” requerendo-lhes previsão no sentido de que “...o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.”

Anteriormente ao pagamento, o Contratante realiza ampla verificação quanto aceitação dos serviços e à regularidade dos documentos, seguindo algumas diretrizes a saber:

“IN 5/2017 MPDG

Art. 50. Exceto nos casos previstos no art. 74 da Lei n.º 8.666, de 1993, ao realizar o recebimento dos serviços, o órgão ou entidade deve observar o princípio da segregação das funções e orientar-se pelas seguintes diretrizes:

(...)

II - o recebimento definitivo pelo gestor do contrato, ato que concretiza o ateste da execução dos serviços, obedecerá às seguintes diretrizes:

a) realizar a análise dos relatórios e de toda a documentação apresentada pela fiscalização técnica e administrativa e, caso haja irregularidades que impeçam a

liquidação e o pagamento da despesa, indicar as cláusulas contratuais pertinentes, solicitando à contratada, por escrito, as respectivas correções;

ANEXO XI

1. **Após recebimento definitivo dos serviços**, conforme previsto nos arts. 49 e 50 desta Instrução Normativa, **o gestor do contrato deve instruir o processo de pagamento com a Nota Fiscal ou Fatura** e os demais documentos comprobatórios da prestação dos serviços e encaminhar para o setor competente para pagamento.”

Assim sendo, conclui a CJA, “não encontra fundamento legal a possibilidade de pagamento parcial de uma fatura, pelo que entendemos **não ser necessária a alteração.**”

9. DA PRESTAÇÃO ININTERRUPTA DOS SERVIÇOS DE STFC

A impugnante “requer a adequação do item 12.9 do Termo de Referência e do item 8.9 da Minuta do Contrato, tendo em vista que a prestação dos serviços poderá ser interrompida de forma programada, em razão de situações de emergência, motivada por razões de ordem técnica ou por razões de segurança das instalações, bem como suspensão por falta de pagamento da Contratante, nos termos da Resolução da Anatel n.º 426/2005.”

Ouvida a CJA e a unidade requisitante, não obstante razões de interesse público, reconhecemos a existência de situações imprevisíveis que fogem ao controle das operadoras e que acarretam a interrupção dos serviços, nos termos do art. 29 do Regulamento do STFC.

Quanto à parte final da pretensão, não merece acolhida, conforme análise da CJA:

“Quanto a suspensão de pagamento após 30 dias de inadimplência da contratante, prevista nos artigos de nº100, 101, 102 e 104 da mesma Resolução, registramos que referidos normativos encontram-se revogados pela Resolução nº 632 de 7 de março de 2014¹, portanto desnecessária tal análise. Para além disso, ressalte-se que a Lei nº 8.666/93², prevê expressamente tal situação, e admite apenas uma medida a proteger o direito do contratado nos casos de atraso de pagamentos, e isso se dará quando for o período de mora for superior a 90 dias, por meio de rescisão contratual.”

Pelo exposto, acolhemos em parte o pedido, para incluir no item 12.9 do termo de referência, ressalva às hipóteses do art. 29 do Regulamento do STFC.”

10. BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO

Manifesta insatisfação quanto aos itens 16.1.4, 16.1.5 e 16.1.6 do Termo de Referência e os itens 11.2.4, 11.2.5 e 11.2.6 da Minuta do Contrato, que tratam da aplicação de multas calculadas sobre o valor total adjudicado, pelo que “...requer a adequação dos itens em comento para que o percentual da penalidade de multa em caso de inadimplemento parcial incida sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso, e não sobre o valor total do contrato.”

Sobre o assunto trazemos a análise a CJA:

“Os percentuais e o quanto da penalidade observam uma gradação considerando a conduta e o prejuízo advindo da conduta do contratado, critério analisado dentro do âmbito da discricionariedade da administração. Sobre isso, Marçal Justen Filho ensina que:”

“Ainda que se insista acerca da legalidade e da ausência de discricionariedade, é **pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração.** [...] Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside proporcionalidade. (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 17ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 1.342-1.343)”

Para avaliação da compatibilidade da sanção com a gravidade da infração, consultamos a área técnica, cujos argumentos para a permanência das disposições como concebidas, são os seguintes:

”...as multas rigorosas e abrangentes se dão pela natureza do serviço e pelo prejuízo que podem causar a Contratante e a população, visto que se trata de um Órgão Público...”

“Os serviços, objeto do Termo de Referência em questão, são, por natureza, essenciais para as comunicações do TRT/Sede e Fórum Aufran Nunes com seus magistrados, servidores, advogados, jurisdicionados e com o público em geral, ou seja, trata-se do interesse público, que é indisponível...”

Com estes fundamentos, os itens questionados não carecem de alteração.

11. PRAZO DE INSTALAÇÃO

Contestação ao item 10.1 do termo de referência, que estabelece o prazo de 15 (quinze) dias para a instalação do equipamento necessário à disponibilização dos serviços.

O assunto foi objeto de impugnação por parte da empresa TELEFÔNICA DO BRASIL S/A e de pedido de esclarecimento da ora impugnante, no qual requeria prazo de 30 (trinta) dias para instalação que mereceu acolhimento por parte desta pregoeira.

Ocorreu, porém, que ao disponibilizar o novo edital, constou do item 10.1 do termo de referência informações conflitantes, sendo que no site www.licitacoes-.com.br previa 15 (quinze) dias e no site www.trt7.jus.br 30 (trinta) dias.

Isto posto, **acolhemos, em parte, esta impugnação** para que sejam alteradas as redações dos **itens 13.2 do edital e 12.9 do termo de referência e 8.9 da minuta contratual**, nos termos abaixo:

1. Item 13.2 do edital:

“Previamente à contratação a Administração realizará consulta ao SICAF, Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça e Lista de inidôneos mantida pelo Tribunal de Contas da União para identificar possível suspensão temporária de participação em licitação, no âmbito do órgão ou entidade, proibição de contratar com o Poder Público, bem como ocorrências impeditivas indiretas, e nos termos do art. 6º, III, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, consulta prévia ao CADIN.”

2. Itens 12.9 do termo de referência e 8.9 da minuta do contrato:

“Prestar o serviço de forma ininterrupta, 24 (vinte e quatro) horas por dia, 07 (sete) dias por semana, durante todo o período de vigência do Contrato, ressalvados os casos previstos no art. 29 da Resolução da ANATEL nº 426/2005, que regulamenta o Serviço Telefônico Fixo Comutado”.

Esta resposta será disponibilizada nos sites www.licitações-e.com.br e www.trt7.jus.br

Fortaleza, 12 de setembro de 2019.

Clara de Assis Silveira

Pregoeira