



Referência: Processo Administrativo nº 1.18.000.001686/2017-12

Impugnante: Oi S.A.

Impugnada: Procuradoria da República em Goiás

Objeto: Impugnação ao Edital – Pregão Eletrônico nº 04/2017

Trata-se de resposta à peça impugnatória impetrada pela empresa nominada em epígrafe, doravante denominada impugnante, a qual apresentou, em 20/06/2017, via mensagem eletrônica, impugnação ao Edital do Pregão Eletrônico nº 04/2017, cujo objeto é a *“contratação de pessoa jurídica especializada na execução de serviços de telefonia fixa comutada local de fixo-fixo e fixo-móvel, para a sede da Procuradoria da República em Goiás e para as sedes das Procuradorias da República localizadas nos municípios de Anápolis/GO, Rio Verde/GO e Luziânia/GO”*.

1. Da tempestividade

Conheço da impugnação por tempestiva.

2. Dos pontos questionados

2.1. 1. “DA IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS SÓCIOS E FUNCIONÁRIOS”

De início, a Impugnante questiona a exigência contida no subitem 3.8.4 do Edital que *“veda a participação de Empresas prestadoras de serviços que tenham como sócio, gerente ou diretor, membro ou servidor (quando este for ocupante de cargo de direção) do Ministério Público da União e seu cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau.”*

Para tanto, alega a inviabilidade de promover *“(…) investigação de “árvore genealógica” de todos os seus 13 mil funcionários para constatar eventual descumprimento à condição acima transcrita”*.

Neste ponto, não assiste razão à impugnante, pois Inexiste no edital qualquer dispositivo que lhe imponha a investigação dos seus milhares de funcionários. A regra legal apenas adverte a Administração de que tais pessoas não poderão participar.



Caso seja necessária tal “investigação”, ela cabe à Administração Pública no momento da habilitação e posterior fiscalização do contrato, sendo mero alerta ao licitante, que tem o ônus de saber apenas se os seus sócios, gerentes ou diretores envolvidos na disputa são ou não cônjuges, companheiros ou parentes, até o terceiro grau, de membros ou servidores, ocupantes de cargos de direção no MPU, circunstância que reduz a poucos funcionários da OI S.A.

De outro lado, vale destacar que tal restrição decorre de exigência legal prevista na lei 8666/93, Resoluções ns. 01, 07 e 37 do Conselho Nacional do Ministério Público, órgão dotado de poder normativo decorrente da Constituição da República de 1988.

Tal exigência consta em todas as licitações dos órgãos do Ministério Público da União que envolvam a prestação de serviços. Esta exigência é determinada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio das aludidas Resoluções, fixando aos órgãos do Ministério Público a obrigação de exigir esta Declaração em suas contratações.

Ressalto que as empresas em geral, independente de seu porte, sempre apresentaram esta declaração, motivo pelo qual entendemos não ser necessário alterar a exigência constante do Edital. Aliás, a própria OI, atualmente contratada por esta PR/GO, participou do certame 10/2002 e cumpriu integralmente tal exigência.

Não excluída a exigência contida no subitem 3.8.4 do Edital.

2.1. 2. “VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO”

A impugnante insurge contra o item 3.8.5 do Edital, que veda a participação de empresas que estejam reunidas em consórcio, por entender que tal vedação não deve prosperar, pois “(...) *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*”.

Nesta esteira, a impugnante transcreve excertos do Plenário do TCU que só afirmam o poder discricionário da Administração na realização de certames licitatórios que permitam ou não, em consonância com o objeto licitado, a participação ou não de empresas consorciadas, verbis:

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)

Por fim, considerando as informações contidas no Termo de Referência elaborado pela área técnica desta Procuradoria da República, os serviços a serem contratados não envolvem para as Operadoras de Serviços de Telecomunicações questões de alta complexidade técnica, visto essas operarem costumeiramente com referidos serviços em suas atividades comerciais e, tampouco apresentar grande vulto financeiro.

Por outro lado, a impugnante é pessoa jurídica constituída sobre a forma de sociedade anônima, ou seja restrição editalícia não lhe impede de participar do certame, circunstância, do ponto de vista jurídico processual, que comprova sua falta de legitimidade e interesse em impugnar o que não lhe traz prejuízo. Além disso, o consórcio referido na lei 8666/93, art. 33 é o que diz respeito ao consórcio formado especialmente para a licitação em pauta, o que não é o caso deste certame.

Assim, a razão não socorre a impugnante neste alegado, mantendo intacto o subitem 3.5.8.

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

Neste aspecto, *“requer a exclusão ou adequação”* do subitem “8.3.14, “a”, “b” e “c”, do Edital dispõem que o pregoeiro 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.”

Cumprе esclarecer à impugnante que os cadastros consultados são de domínio público e o respaldo legal encontra-se na lei de licitações que proíbe a contratação de empresas declaradas inidôneas. O órgão licitante não fará o uso do cadastro para declarar inidônea empresa que não a seja. Os cadastros são bancos de simples consultas. São ferramentas de controle interno e externo da Administração Pública sintonizadas com a necessária transparência licitatória que exigida do Poder Público.

Destaca-se ainda que contratar empresas inidôneas é crime, tal como previsto na lei de licitação art. 97. Nesse aspecto é autorizado, no exercício do poder de



polícia da Administração Pública, com objetivo de salvaguardar a probidade, a lisura e a legalidade dos procedimentos licitatórios, consultar tais cadastros já admitidos pelo TCU, CNMP e CNJ.

Dessa forma, o Ministério Público Federal, ciente do seu dever constitucional e legal de zelar pela regularidade do funcionamento da Administração Pública manterá as consultas aos bancos de dados indicados nos editais a fim de prevenir eventual contratação de empresa inidônea, preservar a correção do procedimento licitatório e oportunizar aos agentes públicos envolvidos, assim como aos licitantes e aos administrados formas democráticas de controle interno e externo da Administração Pública.

Desse modo, impertinente a alteração ou exclusão do subitem 8.3.14.

2.1. 4. “EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE IMPEDITIVO DE HABILITAÇÃO”

Nesse ponto, a impugnação manejada, pois fundada em flagrante equívoco de interpretação, pois ao exigir a “exclusão” do subitem 9.1.6.1. do Edital, ou sua adequação “*aos termos do parágrafo 2.º, artigo 32 da Lei n.º 8666/93*”.

Dispõe o § 2º do art. 32 da Lei n.º 8.666/93, verbis:

§ 2º O certificado de registro cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 substitui os documentos enumerados nos arts. 28 a 31, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, **obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.**” (destacamos)

Requer o subitem 9.1.6.1. do Edital, verbis:

9.1.6.1. Declaração, sob as penalidades cabíveis, **da inexistência de fatos supervenientes impeditivos para a sua habilitação neste certame;**

Ora, se o § 2º do art. 32 da Lei nº 8.666/93 obriga a **declaração de superveniência de fato impeditivo** da habilitação e o subitem 9.1.6.1. do Edital obriga **declarar a inexistência de fatos supervenientes**, conclui-se que a **licitante está obrigada a demonstrar que fatos supervenientes não impedirão sua habilitação no certame, pois inexistem.**



Ademais, o próprio Comprasnet obriga o preenchimento desta declaração.

Mantém-se inalterado o subitem 9.1.6.1.

2.1. 5. “DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS”

Com efeito, ao impugnar o item 17.1 do Edital que, “*estabelece que o pagamento deverá ser realizado por meio de crédito em conta corrente, mediante ordem bancária*”, a impugnante não apresenta, no capítulo, sua causa de pedir, pois ao reclamar o direito de efetuar o pagamento “mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento”, reproduz as determinações do Edital.

Assim, nesse ponto não há necessidade de alteração do Edital, pois o item 17.1. do Edital e não o 17, com diz a impugnante, consta que o pagamento será efetuado mensalmente em moeda corrente nacional, em favor da CONTRATADA, por intermédio de ordem bancária, mediante apresentação da respectiva nota fiscal/fatura devidamente atestada pelo setor competente.

Sendo que a única referência a palavra “código” é encontrada no subitem 17.7. que prescreve, *verbis*:

17.7. Deverá constar da Nota Fiscal/Fatura as informações referentes aos valores, às alíquotas, bem como o **código da receita**, para fins de retenção tributária relativa aos tributos federais, conforme Anexo I da Instrução Normativa RFB nº 1234, de 11 de janeiro de 2012;

Mantido, no ponto, inalterado o Edital.

2.1. 6. “RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE”

A impugnante questiona o item 17. do Edital que prevê hipóteses de atraso e retenção de pagamentos, alegando que a legislação vigente não autoriza a retenção de pagamentos em função de não comprovação de regularidade fiscal.

Cabe ressaltar que o previsto no subitem 17.10. não permite que a PR/GO retenha pagamentos em função de não comprovação da regularidade fiscal, ao contrário, prevê que o pagamento poderá ser efetuado parcialmente enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira imposta à CONTRATADA, em virtude de penalidade ou inadimplência contratual.



Este item tem como objetivo apenas resguardar eventuais retenções para cumprimento de obrigações financeiras impostas à Contratada, desde que permitidas pela legislação, como por exemplo o previsto no item 18.10. do Edital, o qual prevê que as multas serão preferencialmente descontadas da garantia contratual, se houver, bem como dos pagamentos eventualmente devidos pela CONTRATANTE, após é claro, transcorrido o processo legal para tanto.

Desta forma desnecessária a alteração do Edital.

2.1. 7. “GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE”

A impugnante questiona o critério de atualização monetária utilizado pela Administração no subitem 17.12., para a atualização financeira de “eventuais atrasos de pagamentos devidos à contratada.

Com relação a esse ponto, faço uso do entendimento esposado pelo colega pregoeiro da PR/SC, que enfrentou impugnação igual, *verbis*:

“Nessas circunstâncias, como o Edital e o contrato são elaborados unilateralmente pela Administração - conforme dispõe o art. 40 e seus §§, da Lei nº 8.666/93 - ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta, não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração. Nesse sentido o TCU já fixou entendimento por intermédio das Decisões nº 585/94 – Plenário, nº 197/97 – Plenário e nº 454/98, dos quais transcrevo os excertos abaixo:

Decisão 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).

(...)” (grifos nossos)



Decisão nº 197/97 – Plenário

“(…)

precaver-se, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, **quanto à inclusão ou omissão de cláusulas** que levem a situações economicamente **lesivas à Administração**, tais como a **previsão de multas contra a própria Administração** que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais.

(…)”

Conforme salientou o Ministério Público, o pagamento de **multas contratuais, por atraso em pagamentos**, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o **ato, despido de amparo legal**, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...), resultante do somatório de diversas multas aplicadas na execução do contrato (...). Como destacou o "parquet" especializado, **a jurisprudência desta Corte**, em situações análogas, **acena para a devolução dos recursos indevidamente gastos**.

(…)

Cumpre ressaltar questão referente ao pagamento de multas (subitem 4.6.3, f. 11/12), ocorrido em dois exercícios distintos, 1994 e 1995, **sem o devido amparo legal e contrariando jurisprudência firmada por este Tribunal** (Ata nº 45/90, Anexo XXII, Ata nº 60/90, Anexo VI, Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92- Plenário e Ata nº 44/94, Decisão nº 585/94-Plenário), **impondo-se, portanto, a reposição dos valores impropriamente gastos.**”

(grifos nossos)

Decisão 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 inclua 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.**" (...)"

Pelo exposto, considerando-se o posicionamento/determinação do TCU, **mantém-se inalterado o Edital nesse ponto.**

2.1. 8. "EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO"

De início, trata-se de uma exigência legal (art. 642-A, da CLT).

A impugnante requer a alteração do edital para fazer constar que se admite Certidão Positiva com Efeito Negativa de Débitos Trabalhistas.

Ora a vedação à habilitação diz respeito apenas às pessoas jurídicas que não obtenham a certidão negativa de débitos trabalhistas. Ou seja, quaisquer licitantes que apresentem certidões positivas de débitos trabalhistas com efeito de negativa serão aceitas, tal como determina a legislação, art. 642-A, caput e §2º da CLT, sendo desnecessária a informação de que serão aceitas as certidões tais certidões.

Mantida a redação do subitem 9.1.3.4.

2.1. 8. "REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS"

Aqui a insatisfação restringe-se ao fundamento de que eventuais ofertadas e ou vantagens oferecidas a outros consumidores da futura contratada podem interferir no equilíbrio econômico financeiro do contrato com a Administração Pública.

Além disso sustenta a generalidade da obrigação, pois segundo a OI S.A., não foram estabelecidos critérios objetivos para fornecimento das mesmas condições.



O argumento não prospera.

A Administração Pública, como qualquer outro consumidor, tem o direito de usufruir de eventual benefício comercial e ou ofertas estendidas aos consumidores. Destaca-se que não se trata aqui de toda e qualquer oferta e ou promoção feitas pela concessionária de serviço telefônico, mas apenas de ofertas e ou promoções estendidas a consumidores com mesmo perfil de consumo. Trata-se de isonomia nas relações de consumo.

De outro lado, indevida a afirmação de que não há critérios técnicos acerca da concessão de eventual promoção e ou oferta. Os critérios são objetivos e claros. O edital prevê que apenas ofertas e ou promoções concedidas a fornecedores com o mesmo perfil da contratante. Tal perfil está dimensionado no Termo de Referência e estimativas de consumo.

Diga-se, ainda, que alegações dessa natureza devem estar devidamente instruídas por dados técnicos (financeiros/contábeis) de que haverá prejuízo ao equilíbrio econômico financeiro do contrato e que tal afetação econômica na prestação de serviços é irreparável ou de difícil reparação, o que não se vê nas razões da impugnante.

Diante disso reputo impertinente a solicitação de exclusão do item de repasse de descontos

Não há como dar acolhimento às alegações formuladas pela impugnante.

Ante o exposto, embora deva-se conhecer por tempestiva a impugnação, no fundamento, as razões apresentadas não merecem provimento. Assim, mantém-se válido todo o **Edital Pregão Eletrônico 04/2014** sem alteração na data de abertura (23/06/2017 às 09:00 h) para o certame.

Goiânia, 21 de junho de 2017

Francisco Leandro Cavalcante Neto
Pregoeiro - Portaria PR/GO 214/2017