



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

E-PAD: 22.882/2018

**RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO
Nº 07/2018 APRESENTADO POR OI S.A.**

A empresa OI S.A., inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 76.535.764/0001-43, apresentou pedido de IMPUGNAÇÃO ao Edital do Pregão Eletrônico Nº 007/2018.

A peça de impugnação encontra-se disponibilizada na área de Transparência do site do TRT3.

A impugnação é tempestiva, haja vista que a publicação do Edital do PE nº 07/2018 indicou a data de 16/08/2018 para abertura das propostas, de modo que a data limite para impugnação seria até 13/08/2018 – mesmo dia em que a OI S.A. apresentou sua insurgência.

Cabe registrar que a pregoeira solicitou à Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral a análise prévia das questões jurídicas suscitadas, bem como que fosse submetido o objeto da impugnação à decisão da autoridade competente, por referir-se a cláusulas padronizadas e autorizadas pela Administração.

Assim foi exarado o parecer jurídico a cujos termos aquiesceu a Autoridade Competente, por qual razão passa a integrar esta decisão, sendo que as razões de decidir são transcritas a seguir em cada item impugnado.

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO E RESPOSTA

1- VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO (SUBITEM 3.4.5 DO EDITAL):

A empresa Oi S.A. impugna o item 3.4.5 do Edital: “Não será admitida nesta licitação a participação de interessados que estejam reunidas em consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição”.

Requer, em síntese, seja excluído o item em comento, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, conforme permissivos dos artigos 33 da Lei n.º 8.666/93, art. 17 do Decreto n.º. 3.555/2000 e art. 16 do Decreto n.º. 5.450/2005, considerando que não existe grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado pela complexidade do objeto licitado, cuja característica limita a competitividade, sendo que a restrição deve ser motivada, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia.



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

Cita dispositivos legais, doutrina e jurisprudência.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“A Empresa pugna pela possibilidade de formação de consórcio para execução dos serviços licitados ao argumento da ampliação de competitividade do processo licitatório.

A constituição de consórcio, disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93, é recomendável naquelas situações em que parcela significativa das empresas do ramo da atividade licitada não possui condições de participar isoladamente do certame, em face das condições do mercado ou da complexidade técnica do objeto.

A regra, no entanto, é que a Administração privilegie a participação de licitantes **com propostas individuais**, a fim de se obter aquela mais vantajosa para a execução do objeto.

E, ao contrário do alegado pela Impugnante, a vedação de participação de empresas em consórcios não representa, por si só, restrição da competitividade. É a permissão que limita, muitas vezes, o número de participantes, uma vez que as empresas associadas deixariam de competir entre si.

Nesse sentido entende o TCU, veja-se:

No entanto, o caso não me parece requerer a formação de consórcio. Primeiro, porque se a licitação fosse realizada separadamente para fornecimento de serviços de telefonia e de centrais telefônicas, as empresas no mercado teriam, sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação. Segundo, o consórcio, dada a transitoriedade que lhe é peculiar, mostra-se mais apropriado para consecução de objeto certo e determinado no tempo, a exemplo de obras, diversamente do que ocorre na espécie, em que se busca a contratação de serviços que rotineiramente farão parte das atividades do órgão.

Na forma como a presente licitação foi configurada, está cristalino que o consórcio limitou a participação de um maior número empresas no certame, contrapondo-se ao seu objetivo primordial. A propósito, bem ponderou o Analista instruinte que 'essa associação de empresas, no âmbito administrativo, é recomendável, ou até mesmo exigível, em situações em que o objeto a ser contratado apresenta vulto ou complexidade que necessite a união de esforços, quando as empresas, isoladamente, não dispuserem condições para realizar a



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

devida execução. Entretanto, em situações específicas, a formação de consórcio pode ser prejudicial, em virtude de pactos de eliminação de concorrentes que visem ampliar a participação no mercado. (Acórdão nº 2295/2005 – Plenário, Relator: Benjamin Zymler, Data de julgamento: 13/12/2005)

(grifamos)

Além disso, reforça-se que a admissibilidade de empresas em consórcio nos editais convocatórios **insere-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública, não configurando uma obrigação legalmente estabelecida**. Destarte, ao administrador cabe decidir sobre a matéria, em face da complexidade técnica do objeto a ser contratado e do interesse público tutelado.

Assim entendeu a Corte de Contas, ao assentar que “[...] o art. 33 da Lei 8.666/1993 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresas organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso” (grifamos - Acórdão nº 1.946/2006 – Plenário).

Corroborando a explicitação exposta, temos o posicionamento de *Jessé Torres Pereira Junior*, veja-se:

Representação. Licitação. Parcelamento do Objeto. Ausência de viabilidade técnica e econômica. Participação de consórcio. No parcelamento do objeto da licitação é imprescindível que se estabeleça a viabilidade técnica e econômica de divisibilidade do objeto. A aceitação de consórcios na licitação situa-se no âmbito do poder discricionário da Administração contratante... A jurisprudência desta Corte de Contas tem assentado que o art. 33 da Lei no 8.666/93 deixa à discricionariedade do gestor a decisão de admitir ou não a participação de empresa organizadas em consórcio no certame, devendo o desígnio ser verificado caso a caso. Quando o objeto a ser licitado envolve questões de alta complexidade, via de regra, a Administração, com o intuito de aumentar o número de participantes, admite a formação de consórcio. No entanto, essa hipótese não ocorre no contexto ora em análise, pois os serviços licitados não envolvem questões de alta complexidade técnica, mas apenas serão mais bem prestados se não parcelados. Ademais, a participação de consórcios em torneios licitatórios não garante aumento de competitividade, consoante arestos do relatório e voto que impulsionaram o Acórdão no 2.813/2004-1a Câmara, que reproduz: “O art. 33 da Lei de Licitações expressamente atribui à Administração a prerrogativa de admitir a participação de consórcios. Está, portanto, no âmbito da discricionariedade da Administração. Isto porque a formação de consórcios tanto pode se prestar para fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma,



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

não participariam do certame), quanto cerceá-la (associação de empresas que, em caso contrário, concorreriam entre si) (...) vemos que é praticamente comum a não-aceitação de consórcios (...)” (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública”. 7a edição. Ed. Renovar. 2007. Páginas 442 a 443.) (grifamos).

In casu, o objeto do certame engloba a “*contratação de empresa especializada para prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, nas modalidades: Local, fixo-fixo e fixo-móvel VC1, por meio de entroncamento digital EI, com disponibilização de ramais DDR e linhas fixas não residenciais (analógicas), nos imóveis pertencentes ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*” (subitem 1.1 do Edital), pelo valor estimado de R\$67.526,14 (sessenta e sete mil, quinhentos e vinte e seis reais e quatorze centavos).

[...]

Assim, pelas razões acima articuladas, **é devida a manifestação conclusiva do NGP (área detentora das questões técnicas da demanda), acerca da imprescindibilidade de junção de duas ou mais empresas para execução do serviço em questão, em face das características do objeto licitado (com indicação fundamentada de seus aspectos complexos) e das condições do mercado (com apontamento acerca de eventual restrição de competitividade).**”

[...]

Nessa conformidade, o NGP assim se manifestou:

[...]

entendemos que os trabalhos podem e vêm sendo executados de forma individual pelas Operadoras e que não é imprescindível a associação em consórcio.

(destaques originais; grifamos)

Pois bem.

A partir das informações prestadas pelo NGP, prossegue-se com o exame de legalidade do Edital do PE nº 07/2018, notadamente com relação à vedação de participação de licitantes em regime de consórcio (prevista no subitem 3.4.5 do instrumento convocatório) [...]

Como visto no citado exame jurídico, a constituição de consórcio, disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93, é recomendável naquelas situações em que a reunião de empresas seja **imprescindível** para a prestação do



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

serviço licitado, em face das condições do mercado ou da complexidade técnica do objeto.

Sem embargo, no caso dos autos, a área técnica afirma que “[...] os trabalhos podem e vêm sendo executados de forma individual pelas Operadoras e que não é imprescindível a associação em consórcio” (grifamos - doc. nº 22882-2018-24, p. 1435).

Dessa forma, infere-se que as empresas do ramo da atividade de telefonia fixa comutada têm, sozinhas, condições de realizar o objeto da licitação, razão pela qual a vedação de participação de licitantes em regime de consórcio não configura afronta a obrigação legalmente estabelecida.

Repisa-se, além disso, que tal disposição editalícia não restringe a competitividade do certame, porquanto é a formação de consórcio, *in casu*, que pode ser prejudicial, em face da limitação de participação de mais empresas [...]

Nesses termos, e considerando que a admissibilidade ou não de empresas em consórcio nos editais convocatórios insere-se no âmbito do poder discricionário da Administração Pública (Acórdão nº 1.946/2006 – Plenário, TCU), conclui-se pela manutenção da previsão editalícia.”

**2 - IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS
SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL
(SUBITEM 3.4.3 DO EDITAL):**

A impugnante requer seja alterado o item 3.4.3 do Edital: “Não será admitida nesta licitação a participação de interessados que estejam impedidos de licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/02”, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com o TRT3 e não com a União. A fim de embasar o pedido, cita acórdãos e transcreve texto do Informativo TCU nº 147 contendo entendimento 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; por meio de doutrina esclarece os conceitos de *Administração* e *Administração Pública*, nos termos dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666.

Transcrição do artigo 7º da Lei 10.520/2002:

Art. 7º da Lei 10.520/2002: Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“A Licitante requer seja alterado o item 3.4.3 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este Tribunal, sob o argumento de que os efeitos da sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei n.º 8.666/1993 alcançam apenas o órgão apenador.

Nada obstante, por se tratar a licitação em testilha da modalidade Pregão, o Edital do PE nº 07/2018 regula-se pelas normas disciplinadas na Lei nº 10.520/2002 e no Decreto nº 5.450/2005.

Nesses termos, a condição para participação do certame ora impugnada (vedação de participação de interessados que estejam impedidos de licitar e contratar com a União) se fundou no art. 7º da Lei 10.520/02, que é expresso em impedir a contratação com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Assim, a pretensão da Empresa não possui arrimo legal, em vista da ampla eficácia do impedimento de contratar com os entes públicos, disciplinado pela Lei do Pregão, que alcança todas as esferas da Administração.”

Negado provimento.

3- IMPOSSIBILIDADE DE PROMOVER A INVESTIGAÇÃO SOBRE A ÁRVORE GENEALÓGICA DOS FUNCIONÁRIOS (SUBITEM 3.4.9 DO EDITAL):

A impugnante requer a exclusão da exigência prevista no item 3.4.9 do edital, em atendimento ao princípio da legalidade, argumentando que trata-se de cláusula genérica que inviabiliza a competitividade do certame, haja vista a impossibilidade/dificuldade/oneriosidade/dispêndio de tempo de apurar o parentesco de todos os acionistas da empresa, em razão do seu porte, sendo que a apresentação de declaração falsa pode acarretar a penalização da impugnante.



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

Transcrição do item 3.4.9 do edital:

“Que possuam, entre seus empregados, cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados a este Tribunal, exceto aqueles que não atuem na linha hierárquica que vai do órgão licitante ao dirigente máximo da entidade, respeitado o prazo de seis meses para desincompatibilização, contado a partir da data do término do exercício dos referidos cargos ou funções.”

Alega que a restrição não está elencada no artigo 9º da Lei 8.666/93; que as exigências de habilitação devam ser somente aquelas previstas no art. 27 da Lei 8.666/93; que trata-se de cláusula genérica a comportar interpretações extensivas, requerendo, assim, que se mantida a exigência, seja especificado a que tipo de sócios a determinação se dirige – majoritários ou minoritários; que a condição genérica torna insegura participação das operadoras no certame, diante do risco de sofrer penalizações, caso prestem declarações que possam ser consideradas falsas.

Transcrição da cláusula mencionada:

3.4. *“Não será admitida nesta licitação a participação de interessados:*

3.4.9 *Que possuam, entre seus empregados, cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados a este Tribunal, exceto aqueles que não atuem na linha hierárquica que vai do órgão licitante ao dirigente máximo da entidade, respeitado o prazo de seis meses para desincompatibilização, contado a partir da data do término do exercício dos referidos cargos ou funções.”*

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“O subitem impugnado está diretamente atrelado à questão do nepotismo no âmbito dos contratos administrativos. Em sendo assim, primeiramente, é importante trazer à baila o conceito de nepotismo:

“... o favorecimento dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho ou emprego. As práticas de nepotismo substituem a avaliação de mérito para o exercício da função pública pela valorização de laços de parentesco. Nepotismo é prática que viola as garantias constitucionais de impessoalidade administrativa, na



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

medida em que estabelece privilégios em função de relações de parentesco e desconsidera a capacidade técnica para o exercício do cargo público. O fundamento das ações de combate ao nepotismo é o fortalecimento da República e a resistência a ações de concentração de poder que privatizam o espaço público." *In*: <http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>.

O nepotismo é uma prática que há bastante tempo vem sendo rechaçada pela sociedade brasileira; esta reprovação pode, inclusive, ser extraída da Constituição da República de 1988, notadamente no *caput* do artigo 37, o qual preceitua serem princípios norteadores da Administração Pública a moralidade e a impessoalidade.

Ademais, como se sabe, em 18 de outubro de 2005, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou a proibição ao nepotismo através da Resolução nº 07, na qual consta expressamente ser *“vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados”* (art. 1º da Resolução nº 7/2005).

A propósito, o art. 3º da citada Resolução preceitua ser:

[...] vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juizes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação.

Tamanha importância tomou o assunto que, em 21/08/2008, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, que determina:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo e direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também se direciona nesse sentido, veja-se:

- Observe o disposto no art. 10, inciso II da IN/MPOG nº 02/2008, abstendo-se de direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas para o fornecimento de mão-de-obra



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

terceirizada. (TCU, Acórdão nº 4.786/2009-2ª Câmara, Relator: Ministro RAIMUNDO CARREIRO)

A propósito, a Instrução Normativa nº 05/2017 (que revogou a Instrução Normativa nº 02/2008) preleciona que:

Art. 10. É vedado à Administração ou aos seus servidores praticar atos de ingerência na administração da contratada, tais como:

II - direcionar a contratação de pessoas para trabalhar nas empresas contratadas.

De todo o esposado, é possível concluir que a legislação e jurisprudência convergem no sentido de evitar o favorecimento e o protecionismo dos vínculos de parentesco nas relações de trabalho/emprego, desconsiderando-se a capacidade técnica para o desempenho das funções.

Tais vedações se coadunam com o Estado Democrático de Direito, onde se deve prestigiar o interesse público sobre o interesse privado e a busca pelo bem comum, com direitos iguais para todos (isonomia).”

Mantida a cláusula.

4 - SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI (SUBITENS 7.6.6, 7.6.6.1, 7.6.6.2, 17.5.7, 17.5.7.1, 17.5.7.2, 17.5.7.3 E 17.5.7.4):

A empresa Oi S.A. impugna os itens 7.6.6, 7.6.6.1 e 7.6.6.2, 17.5.7, 17.5.7.1, 17.5.7.2, 17.5.7.3 e 17.5.7.4 do Edital e a alínea “k” da Cláusula décima primeira da minuta do contrato, a seguir transcritos, visando aferir eventual sanção aplicada à licitante, cujo efeito torne-a proibida de participar do certame:

7.6.6. Serão verificados, ainda, durante a fase de habilitação, conforme determinação constante no Acórdão 1.793/2011 TCU - Plenário:

7.6.6.1. No Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas/CGU (disponível no portal da transparência - <http://www.portaldatransparencia.gov.br>) - a existência de registros impeditivos à contratação;

7.6.6.2. No Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa, disponível no portal do CNJ - a existência de registros impeditivos à contratação por improbidade administrativa.

17.5. Verificar as comprovações e declarações da Contratada por ocasião da celebração do contrato e aditamentos decorrentes:

17.5.7. de verificação de eventual proibição para contratar com a Administração por meio de consulta nos seguintes sistemas:



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

17.5.7.1. Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS (<http://www.portaltransparencia.gov.br>);

17.5.7.2. Lista de Inidôneos do Tribunal de Contas da União (<http://portal2.tcu.gov.br>);

17.5.7.3. Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF;

17.5.7.4. Conselho Nacional de Justiça – CNJ (<http://www.cnj.jus.br>).

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATANTE:

São obrigações do CONTRATANTE:

k) verificar a eventual proibição para contratar com a Administração, por ocasião da contratação e aditamentos decorrentes, por meio das consultas aos seguintes sistemas: Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas (CEIS); Lista de Inidôneos do Tribunal de Contas da União; Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF e Conselho Nacional de Justiça-CNJ.

A empresa contesta referidas cláusulas, 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 condicionante da participação, requerendo que seja considerada somente a restrição que recaia no âmbito do órgão licitante.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“Nesse tópico, a Empresa repisa os argumentos esposados no Item 2, acima examinado, limitando sua argumentação ao âmbito de aplicação das sanções de impedimento de licitar.

Dessa forma, reportamo-nos aos fundamentos ali aduzidos por este Órgão, acrescentando-se que a consulta aos cadastros previstos no Edital observa disposição legal (art. 97 da Lei nº 8.666/93), além de ser uma orientação do C. TCU (Acórdão nº 1.793/2011- 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



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

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. recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação(SLTI/MP) que:

[...]

9.3.4. aprimore a consulta ao cadastro de ocorrências do Sicaf para refletir a situação real das empresas, inclusive quanto às suas respectivas matrizes e filiais, a partir do número raiz do CNPJ informado, com vistas a garantir a sua efetividade quanto às sanções administrativas aplicadas à pessoa jurídica da empresa, englobando todos os seus demais estabelecimentos;

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;

(grifamos)

Some-se a isso que as ferramentas ora impugnadas visam afastar os maus contratantes, em face da íntima relação com as condições de habilitação jurídica da empresa. E é por meio das consultas aos cadastros indicados que a Administração verificará a regularidade do licitante com suas obrigações trabalhistas e perante a Receita Federal, o FGTS e o INSS, além de prevenir contratações com empresas inidôneas (CEIS, CNJ e TCU).

Dito isto, a previsão editalícia deverá ser mantida.”

A pregoeira acrescenta que a tendência da Jurisprudência é ampliar o âmbito de aplicação das sanções a todas as esferas da Administração.

Todavia, os itens 3.4.2 e 3.4.3 do Edital sinalizam o entendimento do TRT3 quanto ao âmbito de aplicação das sanções de impedimento, suspensão temporária e declaração de inidoneidade, conforme se lê:

3.4.2. Que tenham sido declarados inidôneos para licitar ou contratar com a Administração Pública ou punidas com suspensão do direito de licitar e contratar com o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

Região, durante o prazo da sanção aplicada. (grifo nosso)

3.4.3. Que estejam impedidos de licitar e contratar com a União, nos termos do art. 7º da Lei 10.520/02. (grifo nosso)

Assim, a definição do âmbito de aplicação da penalidade decorrerá da abrangência que lhe der o texto legal.

Mantida a Cláusula.

5 - NECESSIDADE DE INCLUSÃO DE ALTERNATIVIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CAPITAL MÍNIMO OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO DE 10% DO VALOR ESTIMADO PELA ADMINISTRAÇÃO (SUBITEM 7.7.7 DO EDITAL):

A impugnante requer a inclusão da alternativa de apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado pela Administração para as empresas que não possuem os índices econômico-financeiros exigidos no Edital, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“No ponto, alega a Empresa, repise-se, que:

Da leitura do Item 7.7.7 do Edital consta exigência de qualificação econômico-financeira que não se coaduna aos ditames legais e, tampouco com a realidade do setor de telecomunicações, **na medida em que prevê como requisito para a Habilitação, a apresentação de Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, comprovado por meio de balanço patrimonial do último exercício social exigível, apresentado na forma da lei, conforme SICAF;**

Patente é a ilegitimidade desta exigência editalícia de um **único e singular** modo de comprovação da boa situação financeira da empresa interessada em participar do certame, uma vez que o **artigo 31, § 2º, da Lei 8.666/93 dispõe sobre a alternativa para cumprimento de tal exigência de qualificação econômica**, ‘in verbis’:

“art. 31. A documentação relativa à qualificação econômica-financeira limitar-se-á:



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, **poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou garantias previstas no §1º do art.56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômica-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.**

(grifos nossos)

Em interpretação lógica e teleológica do artigo em questão, MARÇAL JUSTEN FILHO, na página 355, da obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, Editora Dialética, preleciona que:

“A redação do §2º comporta interpretação bastante razoável, em que as três alternativas ali indicadas seriam como alternativas equivalentes. Isso significaria que o particular poderia comprovar sua capacitação econômica-financeira por uma das três vias. Essa alternativa afigura-se muito interessante para o interesse público, especialmente porque permite a ampliação da utilização do segura-garantia. Nesse caso, seria plenamente utilizável a experiência estrangeira dos seguros de performance.

Essa interpretação redundante na **atribuição ao particular da possibilidade de comprovar o preenchimento desses requisitos por uma das três vias, à sua escolha.**

A alternativa não tem sido explorada na realidade prática, mas nada impede que seja. **Poderia, inclusive, o interessado impugnar a cláusula editalícia que não previsse a possibilidade da aplicação da alternatividade.** (grifos nossos)

Com efeito, é notório que a exigência dos índices financeiros tem por finalidade avaliar o possível insucesso da contratação da licitante vencedora do certame. Mas, do mesmo modo, é cediço também que tais índices não são os únicos elementos capazes de averiguar a qualificação econômica-financeira das empresas interessadas em acorrer ao certame, conforme se verifica da instrução normativa MARE - GM n.º 05/95, em seu item 7, assim como nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 31, da Lei nº 8.666/93.

Mesmo que assim não fosse, os índices propostos **sequer correspondem aos quocientes exigidos nas licitações compatíveis com o objeto do certame em apreço.**

É importante ressaltar que não pretende de forma alguma demonstrar, como eventualmente poder-se-ia imaginar, que a exigência de índices



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

financeiros não é necessária para a qualificação das empresas. **O que de fato se pretende é que tais índices sejam exigidos de forma razoável e compatível com a realidade do setor de telecomunicações.**

A propósito, os Princípios da Finalidade, Proporcionalidade e da Razoabilidade preconizam justamente que as conseqüências de um ato devem guardar a exata proporção e finalidade com a sua extensão para **se evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, evitar que se distorça a finalidade do procedimento licitatório, que é justamente ampliar a competitividade de maneira a buscar a melhor proposta para a Administração Pública.**

Assim, o percentual do índice para aferição da situação financeira das empresas deverá necessariamente ajustar-se a essa realidade, pois não resta a menor dúvida de que a atual exigência não é razoável e não corresponde à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, afinal pretende que as licitantes tenham um grau de liquidez superior à realidade do mercado dos dias de hoje.

Além disso, tal índice absolutamente em nada interferiria na conclusão do objeto contratado, vez que não tem relação com a capacidade, eficiência e qualidade da empresa em realizar obras e prestar serviços, o que de igual forma descaracteriza a exigência.

Em síntese, pretender que as empresas tenham um índice de liquidez geral igual ou maior que 1 (um) é superior à realidade do mercado nos dias de hoje e é, sem sombra de dúvidas, uma verdadeira incoerência, tendo em vista que:

- a) não mede o grau de capacidade econômico-financeira das empresas licitantes;
- b) o índice exigido está muito além da realidade das empresas do setor de telecomunicações; e
- c) o item 7.7.7 do Edital estão em desconformidade com os Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade e principalmente da Finalidade, previstos na Constituição Federal.

Assim, patente que a exigência de índice de Liquidez Geral igual ou superior a 1 (um) é incompatível com a realidade do setor e o objeto da presente licitação, **restringindo, sem nenhuma justificativa, o caráter competitivo que deve obrigatoriamente existir em todas as licitações, em afronta ao artigo 3º, § 1º, I da Lei n. 8.666/93, “in verbis”:**

“§1º É vedado aos agentes públicos:



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

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 do domicílio das licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”
[grifamos]

Por todo o exposto, é incontestável que a opção tomada pelo administrador público na presente hipótese, não resguarda o interesse público, na medida em que restringe a competição, e por consequência onera, sem nenhuma justificativa, a contratação pela Administração, em inaceitável violação ao Princípio da Economicidade.

Portanto, requer-se a inclusão da alternatividade de apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado pela Administração para as empresas que não possuem os índices econômico-financeiros exigidos no Edital, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93.

Pois bem.

Tem-se, então, que o ponto fulcral da impugnação da Empresa, no particular, seria o pedido de inclusão da *“alternatividade de apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado pela Administração para as empresas que não possuem os índices econômico-financeiros exigidos no Edital, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93”*.

A respeito da qualificação econômico-financeira, a Lei n. 8.666/93 assim dispõe:

Art.31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I-balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II-certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

III-garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e §1º-do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§1º—A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§2º-A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no §1ºdo art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§4º-Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de rotação.

§5º-A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(Grifamos)

A propósito, insta registrar entendimento do TCU veiculado no Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 37:

“Contratação de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas: 2 – A possibilidade de os licitantes inabilitados, por não apresentarem índices de qualificação econômico-financeira iguais ou superiores aos exigidos no edital, comprovarem, por outros meios,



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

capacidade de cumprir o futuro contrato é ato discricionário da **Administração Pública** - Na mesma representação formulada ao TCU relativa à Tomada de Preços no 25/2010, procedida pela Prefeitura Municipal de Cariacica/ES, outra possível irregularidade contida no edital foi a previsão da “inabilitação de licitantes que apresentarem índices de capacidade financeira (Índice de Liquidez Geral - ILG, Índice de Liquidez Corrente - ILC e Índice de Solvência Geral - ISG) inferiores a 1,0 (um), sem lhes oportunizar a possibilidade de comprovarem, por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido, ou, ainda, prestação de garantia, que detêm condições de adimplir com o futuro contrato”. **Ao tratar do assunto, a partir das justificativas apresentadas, o relator registrou que a unidade técnica suscitou o “fato de o ato convocatório não prever a possibilidade de as empresas que apresentarem índices contábeis exigidos aquém dos valores estipulados comprovarem sua capacidade econômico-financeira por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido ou, ainda, prestação de garantia, a fim de se ampliar a competitividade do certame”.** Ainda conforme o relator, “tal possibilidade está prevista no item 7.2 da Instrução Normativa/MARE n. 5, de 21/7/1995, que estabelece os procedimentos destinados à implantação e operacionalização do Sistema de Cadastro Unificado de Serviços Gerais (Sicaf), segundo o qual as empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 em qualquer um dos índices apurados devem comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo no limite previsto na Lei n. 8.666/93, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do artigo 56, § 1º, do referido diploma legal”. Entretanto, “conforme preveem o artigo 31, § 2º, da Lei n. 8.666/93 e a própria instrução normativa supramencionada, não é obrigatório que a Administração estabeleça no ato convocatório a possibilidade de as licitantes que não apresentarem índices contábeis maiores ou iguais a 1 demonstrarem, para fins de habilitação, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantia. Tal previsão é ato discricionário da Administração”. Assim, concluiu o relator, em seu voto que, **“não se pode exigir do ente municipal que faça constar dos editais de licitação essa possibilidade”.** **O Colegiado acolheu o voto do relator. Acórdão n.o 5900/2010-2a Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.10.2010.**

Acerca da temática, confira-se, ainda, decisão extraída do sítio da “Zênite Fácil”:

28034 – Contratação pública –Qualificação-econômico-financeira – Índice de liquidez geral – Proporcionalidade – TJ/RS
Trata-se de apelação em que se discute a proporcionalidade do índice de liquidez geral exigido no instrumento convocatório. A apelante alega que a escolha do índice de liquidez foi aleatória e sem



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

qualquer fundamento, o que viola o § 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93. O relator, ao analisar o caso, não verificou qualquer ilegalidade na exigência editalícia impugnada, considerando que “a Lei nº 8.666/93 não especifica os índices a serem adotados, mas veda ‘a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação’”. No caso, observou que a apelante **“apresentou Índice de Liquidez Geral igual a 1,206, sendo que o Edital exigia igual ou maior que 2,0. Não se desincumbiu a ora apelante de seu ônus de comprovar que tal índice é desproporcional ou desvinculado do objeto licitado. Por outro lado, não pode a Administração deixar de exigir os requisitos mínimos necessários para verificar se o licitante tem condições de executar satisfatoriamente o contrato. Haverá afronta ao interesse público se a Administração vier a escolher um licitante destituído das condições específicas, necessárias e suficientes para a execução do objeto licitado”.** Por fim, o julgador ressaltou “que foram habilitadas e credenciadas 37 licitantes (fls. 323/324), o que demonstra que o índice exigido não é desproporcional nem impediu a participação de número razoável de empresas no certame”. (Grifamos.) (TJ/RS, AC nº 70072022262, Rel. Francisco José Moesch, j. em 26.01.2017.)
(Destaques originais; grifamos)

(https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaCliente?task=SEARCH_ANOTACOES&pagina=2&termoPesquisa=QUALIFICA%C3%87%C3%83O%20ECON%C3%94MICO&termosCorrelatos=true&visaoEstendida=false&palavraContexto=AMPLO&expressao=true&ordem=CLASSIFICACAO&direcao=DESC&periodo=P0&dataInicial=01/01/1900&dataFinal=21/08/2018&termoURL=true)

Não obstante as alegações da Empresa, certo é que a alternativa acima transcrita, pleiteada pela licitante está prevista no Edital em epígrafe.

Com efeito, acerca da Qualificação Econômica e Financeira o instrumento convocatório, em sintonia com o princípio da legalidade, dispôs o seguinte (Doc. n. 22.882-2018-2):

[...]

7.7. A QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA será comprovada mediante apresentação dos seguintes documentos:

7.7.1. Certidão negativa de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física. Estes documentos podem ser substituídos por cópia da decisão judicial de autorização de participação em licitações.



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

7.7.2. Balanço Patrimonial (BP) e Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta, com a comprovação dos seguintes índices:

Índice de Liquidez Geral (LG) maior que 1;
Solvência Geral (SG) maior que 1;
Índice de Liquidez Corrente (LC) maior que 1, calculados pelas seguintes fórmulas:

[...]

7.7.7. Caso a empresa arrematante apresente resultado igual ou inferior a 1 (um) nos índices de Liquidez Geral, Liquidez Corrente e Solvência Geral, poderá, como alternativa, comprovar, quando da habilitação, tendo em vista os riscos para a Administração, Patrimônio Líquido no valor mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da eventual contratação resultante da licitação, admitida a atualização para a data de apresentação da proposta mediante índices oficiais.

[...]

(Destacamos)

Desta feita, no ponto, a impugnação da Empresa não merece prosperar, sendo certo que este Regional elaborou o item editalício em estrita observância às disposições legais cabíveis à espécie.”

Parecer complementar:

[...]

No particular, conforme excerto jurisprudencial do Tribunal de Contas da União trazido à baila por esta Assessoria, tem-se que alternativa prevista no citado dispositivo legal é ato discricionário da Administração.

Pois bem.

Ocorre que, durante a impugnação, o ponto de discussão passa a ser a questão do índice de liquidez consignado no Edital.

Confira-se: “[...] a exigência de índice de Liquidez Geral igual ou superior a 1 (um) é incompatível com a realidade do setor e o objeto da presente licitação, restringindo, sem nenhuma justificativa, o caráter



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

competitivo que deve obrigatoriamente existir em todas as licitações, em afronta ao artigo 3º, § 1º, I da Lei n. 8.666/93, “in verbis” [...]”.

E daí requer “[...] a inclusão da alternatividade de apresentação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo de 10% do valor estimado pela Administração para as empresas que não possuem os índices econômico-financeiros exigidos no Edital, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/93”.

No aspecto, conforme fora dito, a alternatividade está presente no Edital, porquanto a Administração permitiu, no subitem 7.7.7 que “*caso a empresa arrematante apresente resultado igual ou inferior a 1 (um) nos índices de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral, poderá, como alternativa, comprovar, quando da habilitação, tendo em vista os riscos para a Administração, Patrimônio Líquido no valor mínimo de 10% (dez por cento) do valor estimado da eventual contratação resultante da licitação [...]”.*

A pregoeira acrescenta que a Instrução Normativa/MARE-GM nº 5, de 21/07/1995 adotada por este TRT3, em consonância com o § 2º do art. 31 da LGL, assim estabelece:

7.2. As empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 (um) em qualquer dos índices referidos no inciso V, quando de suas habilitações deverão comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do artigo 31, da Lei nº 8.666/93, como exigência imprescindível para sua Classificação podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1, do artigo 56, do mesmo diploma legal, para fins de contratação.

7.2.1. O instrumento convocatório deverá prever, também, a alternativa escolhida e seu respectivo percentual, bem como a necessidade de garantia, se for o caso. (g.n.)

Vê-se que a norma citada padroniza o percentual do índice de liquidez maior que 1 (um) para aferir a situação financeira da empresa, permitindo à Administração, no item 7.2, a alternatividade entre o índice de liquidez e patrimônio mínimo/capital mínimo, assim como, no item 7.2.1 atribui à Administração a discricionariedade entre “patrimônio mínimo” ou “capital mínimo”.

Mantida a cláusula com a anuência do Diretor-Geral.

6 – REGULARIDADE PERANTE O CADIN COMO CONDIÇÃO PARA CONTRATAÇÃO (SUBITEM 17.5.4 DO EDITAL E ALÍNEA “J” DA CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA DA MINUTA CONTRATUAL):



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

A impugnante requer a exclusão do Item 17.5.4 do Edital e da alínea “j” da cláusula décima primeira da minuta do contrato, 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 10.520/2002, conforme se percebe de firme posicionamento do STF e do TCU.

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

RESPOSTA:

“Neste tópico, alega a Interessada que a consulta ao Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN) não pode ser impeditivo à contratação.

A Lei nº 10.520/2002 assim dispôs sobre a matéria:

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.

[...]

Nesses termos, embora a consulta positiva ao CADIN (que constate eventual irregularidade da Empresa) constitua descumprimento formal ao artigo acima transcrito, o Supremo Tribunal Federal (STF) afirmou que essa consulta, por si só, não pode representar impedimento à celebração de contratos (ADI 1454/DF).

Isso porque, em regra, tal diligência é complementada por pesquisa pormenorizada e exaustiva destinada a verificar a inexistência de impeditivos à contratação, em conformidade com o disposto no Acórdão TCU 1134/2017-P e com vistas a preservar o interesse público nos pactos firmados pela Administração.

Dessa forma, apesar de a consulta ao CADIN consistir em obrigação deste Tribunal (por exigência legal), os itens confrontados não dispõem que eventual apuração de irregularidade no Cadastro seja elemento impeditivo à contratação de qualquer licitante, razão pela qual conclui-se pela



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

manutenção dos termos consignados no subitem 17.5.4 do Edital e na alínea “j” da Cláusula Décima Primeira da Minuta Contratual.”

Negado provimento.

7- CONSULTA MENSAL DA REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA DA CONTRATADA (SUBITEM 20.6 DO EDITAL):

A empresa requer a alteração do item 20.6 do Edital e do parágrafo quarto da cláusula nona 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).

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“No ponto, essas as alegações da Empresa:

[...]

Pois bem.

No ponto, também não prospera a impugnação da Empresa.

De início, importante trazer a lume as disposições editalícias vergastadas (Doc. n. 22.882-2018-2).

O item 20.6 do instrumento convocatório assim dispõe:

20.6. Quando da emissão da **Nota de Empenho e da Ordem de Pagamento** serão verificados os documentos comprobatórios de situação regular para com a Receita Federal por meio de Certidão Unificada (Portaria MF 358/2014), FGTS, Justiça do Trabalho (CNDT), apresentados em atendimento às exigências de habilitação. Nesta oportunidade também será verificada a situação cadastral junto ao Sicaf e ao CEIS (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CNJ/CGU). Se algum destes documentos estiver com a validade expirada, a CONTRATADA será notificada para regularizar a documentação, ou indicar o fato impeditivo do cumprimento da obrigação, no prazo de até 30 dias, sob pena de restar caracterizado o descumprimento do contrato.



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

(Destaques originais; grifamos)

Na mesma linha, a Cláusula Nona (Do Pagamento) da minuta do Contrato (Anexo IV do Edital) estabeleceu que:

Parágrafo Quarto: Quando da emissão da Nota de Empenho e da Ordem de Pagamento serão verificados os documentos comprobatórios de situação regular para com a Receita Federal por meio de Certidão Unificada (Portaria MF 358/2014), FGTS, Justiça do Trabalho (CNDT), apresentados em atendimento às exigências de habilitação. Nesta oportunidade também será verificada a situação cadastral junto ao SICAF e ao CEIS (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CNJ/CGU). Se algum destes documentos estiver com a validade expirada, a CONTRATADA será notificada para regularizar a documentação, ou indicar o fato impeditivo do cumprimento da obrigação, no prazo de até 30 (trinta) dias, sob pena de restar caracterizado o descumprimento do contrato.

Os artigos 27 e 29 da Lei nº 8.666/93 preceituam que:

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

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

[...]

Art. 29. A documentação relativa à **regularidade fiscal e trabalhista**, conforme o caso, consistirá em:

I-prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II-prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III-prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da Lei;

IV -prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V – prova da 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,



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

A exigência de regularidade fiscal e trabalhista, além de ser uma obrigação vinculada à fase da habilitação, **deve ser mantida durante todo o contrato**, como expressamente estabelece o art. 55, XIII, da Lei Geral de Licitações:

Art.55. São **cláusulas necessárias** em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XIII-a obrigação do contratado de **manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas**, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

(Grifamos)

Com efeito, as provas de: (1) inscrição no cadastro de contribuintes federal, estadual e municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; (2) regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; (3) regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; e (4) inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho são expressa imposição legal, de exigência cogente, razão pela qual não há como firmar ou **manter qualquer relação contratual** com o Poder Público sem as referidas comprovações.

Nessa ordem de ideias, justamente em face do princípio da legalidade, a este Regional é devido verificar a regularidade fiscal e trabalhista da Empresa por ocasião da emissão de Nota de Empenho e da Ordem de Pagamento.

A propósito, confira-se excerto extraído da Coluna Jurídica JML “Parecer sobre a obrigatoriedade de manutenção da regularidade fiscal e trabalhista durante a vigência do período contratual sob pena de rescisão e a impossibilidade de retenção de pagamento por falta de previsão na Lei de Licitações”:

Primeiramente devemos destacar que as certidões negativas de débitos, e aqui também temos de lembrar da possibilidade das certidões positivas com efeitos de negativas, são de obrigatoria apresentação nos certames licitatórios conforme prevê expressamente a Lei 8.666/931.



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

Sabido é também, que o contratado tem obrigação contratual, prevista expressamente na lei de licitações, de manter as condições de habilitação.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...) XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Desta forma pode-se concluir que a exigência de apresentação das certidões de regularidade fiscal e trabalhista é lícita à Administração, não só à época do pagamento, mas, a qualquer tempo, enquanto perdurar a vigência do contrato, posto que, é obrigação do contratado que mantenha todas as suas condições de habilitação.

[...]

(Destacamos)

(https://jmleventos.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=134)

Oportuno, ainda, trazer à tona excertos extraídos do sítio da Consultoria Zênite “Anotações – Manutenção das Condições de Habilitação”:

**LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, Art. 55
16629 – Contratação pública – Contrato – Execução –
Manutenção de condições das condições de habilitação–
Aferição – Momento**

A Lei nº 8.666/93 impõe o dever de o particular contratado manter, durante toda a vigência contratual, suas condições de habilitação. Apesar de estabelecer esse dever, não delimitou em quais momentos seria necessário à Administração levar a efeito a verificação pertinente. Tal análise se insere no âmbito da discricionariedade administrativa, não podendo, todavia, se tornar ato arbitrário. Nessa diretriz, recomenda-se proceder ao exame: (a) previamente à formalização do contrato; (b) prorrogação da vigência respectiva; bem como (c) antes da concretização dos pagamentos. (Nota elaborada por Camila Cotovicz Ferreira, integrante da Equipe Técnica Zênite.)
(Grifamos)

**LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993, Art. 55
15112 – Contratação pública – Contrato – Pagamento – Regular
liquidação de despesa –Manutenção das condições de
habilitação– Obrigatoriedade**

O dispositivo em comento impõe à Administração o dever verificar, tanto para a formalização do ajuste, quanto para a realização de pagamentos, se o contratado cumpre a obrigação assumida de manter todas as condições de habilitação exigidas para a



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

contratação. Isso porque a emissão da ordem de pagamento pressupõe a regular liquidação da despesa (arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64), o que consiste não apenas no ateste quanto à escoreita entrega do objeto, mas também na verificação do cumprimento de todas as demais obrigações contratualmente assumidas. (Nota elaborada por Érica Miranda dos Santos Requi, integrante da Equipe Técnica Zênite.)

(Grifamos)

(<https://www.zenitefacil.com.br/pesquisaCliente>)

Confira-se, ademais:

PERGUNTAS E RESPOSTAS -401/230/ABR/2013

PERGUNTA 9 - HABILITAÇÃO

Durante a execução de contratos de prestação de serviços continuados, em quais momentos cabe à Administração fiscalizar a obrigação da contratada de manter as condições de habilitação?

A Lei nº 8.666/93 impõe, no seu art. 55, inc. XIII, o dever de o particular contratado manter, durante toda a vigência do contrato, suas condições de habilitação. Mas, apesar de estabelecer a imperiosidade de manutenção dessa condição, a Lei não delimitou em quais momentos, no curso das contratações de prestação de serviços continuados, seria necessário à Administração levar a efeito a verificação pertinente.

Ao que parece, a solução para essa questão se insere no âmbito da discricionariedade administrativa. Todavia, o exercício dessa discricionariedade deve ocorrer à luz dos princípios da legalidade, razoabilidade e do interesse público, não podendo se tornar ato arbitrário.

Dessa sorte, exigir a comprovação de manutenção das condições de habilitação a cada quinze dias parece destonar desses valores, ao passo que tal exigência não se revela razoável em vista do espaço de tempo. Do mesmo modo se formaria a conclusão se a exigência fosse feita a cada três meses.

Sob esse prisma, recomenda-se proceder à verificação em momentos cuja idoneidade da contratada seja elementar para o desenvolvimento do contrato, tais como previamente à formalização do contrato e prorrogação da vigência contratual, bem como em momento anterior à realização dos pagamentos.

Na Decisão nº 705/1994, o Plenário do TCU adotou orientação em sentido similar, ao firmar o entendimento de que: (...) d) nos contratos de execução continuada ou parcelada, a cada pagamento efetivado pela administração contratante, há que existir a prévia verificação da



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, sob pena de violação do disposto no § 3º do art. 195 da Lei Maior;

Ainda que a Decisão faça remissão expressa apenas à regularidade da contratada com o sistema da seguridade social, por certo que sua inteligência não deixa de se revelar compatível com a verificação das demais condições de habilitação.

Desse modo, apesar de a Lei nº 8.666/93 não especificar em quais momentos, no curso das contratações de prestação de serviços continuados, é necessário verificar a manutenção das condições de habilitação pela contratada, com base em uma atuação informada pelo princípio da razoabilidade, parece suficiente fazê-lo para fins de celebração do contrato, previamente à realização de pagamentos e por ocasião de eventual prorrogação do prazo de vigência.

Habilitação- Execução do contrato -Manutenção das condições de habilitação- Aferição – Momento. *Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 230, p. 401, abr. 2013, seção Perguntas e Respostas.

(Grifamos)

Isso explicitado, há de se dizer que, em verdade, no caso em testilha, não se está a exigir da Contratada que apresente mensalmente a documentação mencionada nos referidos dispositivos editalícios (item 20.6 e Parágrafo Quarto da Cláusula Nona da minuta do Contrato).

Com efeito, o que se infere das disposições editalícias acima transcritas é que este Regional deverá verificar, dentre outros, os documentos comprobatórios da regularidade perante a Receita Federal, FGTS e Justiça do Trabalho. E, apenas se algum dos documentos estiver com a validade expirada, aí sim, a Contratada será notificada para regularizar a documentação, ou indicar o fato impeditivo do cumprimento da obrigação.

A medida revela-se em compasso com a exigência legal de manutenção das condições habilitatórias pela Empresa, não havendo se cogitar de ausência de razoabilidade, no ponto. O que não seria razoável, por certo, seria se notificar a Empresa estando as certidões válidas.

Diante do exposto, não merece guarida a insurgência da Empresa, no particular. “

Negado provimento.

8 - GARANTIAS DA CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE (ITEM 20.8 DO EDITAL):



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

A impugnante requer alteração do item 20.8 do edital, para que em caso de atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, incida 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.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“A licitante interessada alega a ausência de comutatividade nas previsões editalícias e contratuais relativas a eventual inadimplemento das partes.

Requer, neste aspecto, o regramento da mora administrativa para a situação de atraso no pagamento dos valores devidos, entendendo pertinente a estipulação de multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros moratórios de 1% ao mês e a correção monetária pelo índice IGP-DI, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual.

Sem razão a impugnante.

Verifica-se constar no item 20 (Pagamento), subitem 20.8 e na Cláusula Nona, Parágrafo Quinto da Minuta de Contrato, a fixação de *“juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, apurados de forma simples e pro rata die”*, além da incidência de atualização monetária, quando o atraso superar 30 (trinta) dias, com base no índice mensal divulgado do IPC-A/IBGE, *pro rata die*, sempre que o *“atraso no pagamento ocorrer por motivo a que não tiver dado causa e para o qual não tenha contribuído a Contratada”*.

A Lei nº 8.666/93, traz como requisitos para as condições de pagamento a serem previstos, obrigatoriamente, no edital, 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)

Diante do dispositivo legal supra, entendemos que o instrumento convocatório da licitação previu as regras a serem observadas na hipótese de



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

mora da Administração, definindo claramente os critérios e índices financeiros a serem aplicados.

Isso porque os parâmetros definidos no respectivo Edital (de incidência de 0,5% de juros e correção monetária pelo índice financeiro IPCA, divulgado pelo IBGE), guardam correlação com a disposição inserta no art. 36, §4º da Instrução Normativa SLTI/MP nº 02, de 30/04/2008, a qual dispõe sobre as regras e diretrizes para a contratação de serviços (continuados ou não) no caso de atraso de pagamento:

§ 4º 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 formulas: [...]

A questão que resta ser discutida, então, é quanto a possível penalização da Administração, se é cabível a previsão e disciplina de cláusula penal, com a configuração de multa moratória nos casos de atraso no pagamento.

E neste aspecto, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sedimentou entendimento contrário a tal possibilidade, nas Decisões- Plenário nº 585/94, 197/97 e 454/98, das quais transcreve-se os excertos 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 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,



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

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.

(...)

Cumprido 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."

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 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."

(...)"

(grifamos)

No mesmo sentido está esse julgado recente do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais sobre o tema:

11852 – Contratação pública – Contrato – Cláusulas – Cláusula penal em favor do particular – Impossibilidade – TCE/MG

Em consulta encaminhada por prefeito ao TCE/MG, questionou-se se o contrato administrativo que estabelece **cláusula penal** somente em favor da Administração Pública estaria contaminado por vício



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

e/ou nulidade. Conforme trecho do Informativo nº 51 do Tribunal, o Relator adotou o parecer da auditoria, no sentido de que “a incidência de normas de direito público aos contratos administrativos implica, inevitavelmente, no reconhecimento de prerrogativas à Administração Pública, entre elas a possibilidade de aplicação de sanções em razão da inexecução total ou parcial da avença. Esclareceu que se exige a previsão tanto no edital do certame, como no contrato firmado com o licitante vencedor, das sanções para o caso de inadimplemento, com a fixação dos valores das multas aplicáveis. Observou que, nas hipóteses de inexecução ou rescisão contratuais por parte da Administração Pública, o particular não fica descoberto, sendo-lhe assegurado, nos termos do art. 78, XIV e XV, da Lei 8.666/93, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações por ele assumidas até que seja normalizada a situação, caso haja a suspensão da execução do contrato por prazo superior a 120 dias ou o atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados. (...) No tocante à rescisão do contrato, aduziu que, tendo em vista o interesse público, alicerce dos contratos administrativos, bem como em respeito ao princípio da legalidade, mostra-se descabido, ao menos em princípio, a previsão de multa em favor do particular. Saliou que é exatamente a presença do interesse público que justifica a sujeição dos contratos administrativos a um regime especial, conforme o qual, entre outras especificidades, não se admite a aplicação de multa em razão do inadimplemento da Administração. Corroborando tal entendimento, ressaltou o teor da Súmula 205 do TCU, segundo a qual 'é inadmissível, em princípio, a inclusão, nos contratos administrativos, de cláusula que preveja, para o Poder Público, multa ou indenização, em caso de rescisão'. Diante do exposto, o relator concluiu ser descabida a inclusão de cláusula que preveja a aplicação de multa à Administração Pública em virtude de inexecução ou rescisão contratuais e não haver vício e/ou nulidade no contrato que estabeleça cláusula penal somente em favor da Administração Pública”. (TCE/MG, Consulta nº 837.374, Tribunal Pleno, Rel. Cons. Elmo Braz, Informativo nº 51, período de 15 a 28.08.2011.)
(destacamos)

Diante disso, tendo em mente que a lógica incidente sobre o regime jurídico de direito público é a de que só é permitido fazer aquilo que expressamente previsto em lei e, considerando-se a ausência de normativo imperativo de cominação de cláusula penal e o posicionamento/determinação do TCU, entendemos que as regras do instrumento convocatório estão em consonância à legislação de regência e não carecem de qualquer modificação no aspecto.”

Negado provimento.



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

**9 - PREVISÃO DE MULTAS SUPOSTAMENTE ABUSIVAS
(ITENS 21.6.3 E 21.6.4 DO EDITAL E SUBITENS 15.3.3 E 15.3.4 DO TERMO
DE REFERÊNCIA):**

A empresa impugna os itens 21.6.3 e 21.6.4 do Edital e dos itens 15.3.3 e 15.3.4 do Termo de Referência e as alíneas “c” e “d” da cláusula décima terceira da minuta do contrato, alegando que estão em desacordo com a realidade fática e com a legislação vigente, motivo pelo qual requer-se que as mesmas sejam adequadas de modo a enquadrar-se à realidade do setor, reduzindo o percentual de multa a ser aplicado para 2% sobre o valor total do contrato.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“A Impugnante sustenta a ilegalidade e desproporcionalidade na previsão de penalidades que ultrapassam o limite de 10% (dez por cento) para eventual descumprimento contratual, em razão do que pleiteia a readequação dos subitens 21.6.3, 21.6.4 do Edital e 15.3.3 e 15.3.4 do Termo de Referência.

Não se pode olvidar, no contexto do exercício do poder punitivo da Administração, que a aplicação de penalidade tem por escopo reprimir os infratores para que não cometam novamente práticas passíveis de apenamento, por ofensivas ao interesse público e, assim, promover a boa execução dos serviços contratados e o atingimento da finalidade pública perquirida.

Há de se ter em mente, no entanto que, em consonância com o Estado Democrático de Direito, de forma a se evitar arbítrios, deve o Administrador Público, ao aplicar penalidades, atentar-se para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (Acórdão 1453/2009 – Plenário).

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

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

Assim, o princípio basilar da supremacia do interesse público, que



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

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

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

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

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

Ao tratar do tema, o Superior Tribunal de Justiça se pronunciou em julgado:

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

A Impugnante, em sua insurgência, afinou-se na argumentação de que as penalidades moratórias definidas no instrumento convocatório



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

estariam em desacordo com a legislação, em especial as normas dispostas na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/33), cuja razão de ser é exatamente a de vedar a oneração excessiva ao prestador de serviços que ocasione o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

E, nesta óptica, verifica-se que os itens e cláusulas estipulados no Edital e na Minuta de Contrato, respectivamente, atenderam aos fins pretendidos pelo ordenamento jurídico, observando-se a proporcionalidade entre as intenções preventiva e repressora, além de atender ao caráter compensatório das sanções.

Além disso, os percentuais fixados, ao contrário do que aventado, obedeceram ao limite do valor do contrato, ultimando-se com a perspectiva de rescisão por completo inadimplemento.

Sendo assim, não se reconhece respaldo jurídico para a impugnação do ponto manifestado, razão pela qual recomendamos o seu não acolhimento.”

Negado provimento.

10 - BASE DE CÁLCULO DAS MULTAS EM CASO DE INEXECUÇÃO PARCIAL DO CONTRATO (ITENS 21.6.2 E 21.6.3 DO EDITAL E SUBITENS 15.3.2 E 15.3.3 DO TERMO DE REFERÊNCIA):

A impugnante requer a adequação dos itens 21.6.2 e 21.6.3 do Edital, dos itens 15.3.2 e 15.3.3 do Termo de Referência e as alíneas “b” e “c” da cláusula décima terceira da minuta do contrato 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.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“Em continuidade à fundamentação expendida no tópico anterior, a Impugnante também considerou desarrazoada e ilegal a estipulação de multa por inexecução parcial do ajuste, com base no valor total do contrato, pugnando pela sua incidência sobre o valor da parcela ou valor do serviço em atraso.

Mais uma vez, não socorre sorte à pretensão.

Os subitens referidos *in casu* se referem às multas compensatórias estabelecidas no Edital e na Minuta Contratual (art. 87, II, Lei



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

nº 8.666/93). E, sendo assim, sua finalidade é compensar a Administração pela ocorrência de dano advindo de inadimplência ou inexecução do ajustado. Tem como propósito, pois, ressarcir os prejuízos suportados pela Administração em consequência do comportamento da contratada que violou a obrigação pactuada.

Dessa forma, tem assento devido no valor total do pacto, sendo previstos percentuais de aplicação de sanções conforme a gradação da conduta lesiva praticada. Daí que previstas as hipóteses de inexecução parcial e total do contrato, com percentuais distintos e crescentes, conforme a gravidade do descumprimento (podendo esta última ensejar, inclusive, a rescisão contratual).

Não se confunde com as multas moratórias (art. 86, Lei nº 8.666/93), estabelecidas em razão da demora (mora) no cumprimento de uma obrigação contratual. Seu objetivo é, pois, penalizar o atraso na observância da execução de uma etapa do acordo e, portanto, sua base de cálculo é a parcela ou serviço descumprido.

Assim, na medida em que essas sanções possuem fundamentos e hipóteses de incidência distintos, guardam também base de cálculo diferentes, podendo, também, ser aplicadas cumulativamente.

É o que se extrai do julgado abaixo:

28181 – Contratação pública – Sanções administrativas – Multa – Moratória e punitiva – Cumulação – Possibilidade – TJ/DF

O TJ/DF concluiu pela inexistência de ilegalidade na cumulação de multa moratória e punitiva por atraso no cumprimento de contrato de fornecimento de bens, não ocorrendo *bis in idem*. A relatora, ao analisar o caso, observou que o contrato estabeleceu multa moratória no percentual de 0,33% por dia de atraso e multa punitiva no percentual de 5% sobre o valor total do contrato por descumprimento do prazo de entrega. Com base nessa disciplina, ressaltou que “**não há óbice à previsão contratual que estabelece a incidência das multas moratória e punitiva, como ocorre na espécie, não merecendo prosperar a alegação de que a aplicação das sanções estabelecidas no Decreto Distrital nº 26.851/2006 e no contrato em análise configuram o vedado *bis in idem***”. Destacou, ainda, que, **“muito embora “ambas as multas penalizem a mora do contratado, as penalidades têm objetivos distintos, na medida em que, enquanto a multa moratória, imposta na forma diária, visa coagir o inadimplente a cumprir a obrigação que lhe foi contratualmente imposta, a multa que incide de uma única vez tem caráter exclusivamente punitivo”**. (Grifamos.) (TJ/DF, AC nº 20140111166512, Rel. Fátima Rafael, j. em 22.03.2017.)



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

Pelo exposto, não merece acolhido o ponto impugnado.”

Negado provimento.

11 - DA PRESTAÇÃO ININTERRUPTA DOS SERVIÇOS DE STFC:

A impugnante requer a adequação do item 8.3 do Termo de Referência e do parágrafo segundo da cláusula quarta 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.

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“No ponto, alega a impugnante que:

[...]

Pois bem.

O Anexo II do Edital – Termo de Referência assim dispôs (Doc. n. 22.882-2018-2):

8. CONDIÇÕES DE EXECUÇÃO.

8.1.Os serviços serão prestados em todas as unidades do TRT 3ª Região, conforme especificado neste Termo de Referência, cujos endereços de localização encontram-se relacionados nos Anexos 1 e 3.

8.2.Para o perfeito desenvolvimento dos serviços deverão estar incluídos o fornecimento de todo o material necessário, emprego de pessoal qualificado, equipamentos, ferramentas e utensílios apropriados à perfeita execução contratual, devendo a CONTRATADA manter sistema de pronto atendimento ininterrupto e cumprir rotinas e obrigações constantes deste Termo de Referência.

8.3.A CONTRATADA deverá prestar os serviços objeto desta contratação 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana, durante todo o período de vigência do contrato, salvaguardados os casos de interrupções programadas e devidamente comunicadas ao Tribunal.



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

8.4. Na hipótese de ocorrência de interrupção total da prestação de serviço de recebimento e/ou realização de chamadas, bem como de falha nos equipamentos de responsabilidades da CONTRATADA, os problemas deverão ser corrigidos e o serviço restabelecido em no máximo 8 (oito) horas a partir do acionamento.

8.5. No caso de interrupção parcial da prestação de serviço de recebimento e/ou realização de chamadas, bem como de falha nos equipamentos de responsabilidades da CONTRATADA, os problemas deverão ser corrigidos e o serviço restabelecido em no máximo 24 (vinte e quatro) horas a partir do acionamento.

8.6. As interrupções programadas dos serviços deverão ser comunicadas à CONTRATANTE com antecedência mínima de 4 (quatro) dias úteis e somente serão realizadas com a concordância da CONTRATANTE.

(Grifamos)

Por seu turno, o parágrafo segundo da Cláusula Quarta (Dos Prazos para Execução dos Serviços) da minuta do Contrato (Anexo IV do Edital) estabelece que:

Parágrafo Segundo: A CONTRATADA prestará os serviços objeto desta contratação 24 (vinte e quatro) horas por dia, 7 (sete) dias por semana, durante todo o período de vigência do contrato, salvaguardados os casos de interrupções programadas e devidamente comunicadas ao CONTRATANTE. Para tanto, a CONTRATADA deverá manter pessoal qualificado de sobreaviso para sanar qualquer problema com os acessos contratados, por meio de fornecimento de números telefônicos para contato do CONTRATANTE com o seu pessoal de manutenção, mesmo fora do horário de expediente, sem que com isso ocorra qualquer ônus extra para o CONTRATANTE.

A impugnante propugna pela adequação do item 8.3 do Termo de Referência e do parágrafo segundo da cláusula quarta 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 suspensa por falta de pagamento da Contratante”*.

Conforme se extrai dos termos acima relatados, um dos pontos de insurgência da licitante, então, reside no fato de o instrumento convocatório não ter disposto acerca da possibilidade de interrupções excepcionais do serviço calcadas no art. 29 da Resolução n. 426/2005 (atinentes à aprovação do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC).



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO

Secretaria de Licitações e Contratos

Não obstante, certo é que o subitem 13.13 (item 13 – Obrigações da Contratada) preceituou ser obrigação da Contratada “*comunicar ao Núcleo de Gestão Predial – NGP do CONTRATANTE, por escrito, qualquer anormalidade de caráter urgente e prestar os esclarecimentos julgados necessários*”.

Desta feita, situações excepcionais, de caráter urgente deverão ser informadas pela Contratada à unidade gestora do Contrato para avaliação.

E é certo que o subitem 3.7 do Anexo II do Edital – Termo de Referência dispõe que os serviços especificados no referido Termo deverão seguir, no que couber, aos ditames do Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 426, de 09/12/2005.

Veja-se:

3.7.Os serviços especificados neste Termo de Referência deverão seguir, no que couber, aos comandos da seguinte legislação:

- Lei 9.472, de 16/07/1997 - Lei Geral de Telecomunicações;
- Decreto nº 6.654, de 20/11/2008 - Plano Geral de Outorgas (PGO);
- Regulamento de Tarifação do Serviço Telefônico Fixo Comutado Destinado ao Uso do Público em Geral – STFC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 424, de 06/12/2005;
- **Regulamento do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 426, de 09/12/2005;**
- Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações - RGC, aprovado pela Resolução ANATEL nº 632, de 07/03/2014;
- Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor; e
- Demais normas regulamentares aplicáveis expedidas pela ANATEL.

Desta forma, não assiste razão à Empresa quanto ao pedido de alteração do instrumento convocatório, no particular, inexistindo, a nosso sentir, afronta à Resolução Anatel n. 426/2005, no caso.

De outro lado, não merece prosperar a alegação de necessidade de adequação do subitem 8.3, ao argumento de que a prestação dos serviços pode ser suspensa por falta de pagamento da Contratante, nos termos do art. 100 e seguintes da Resolução da Anatel n.º 426/2005.

De início, convém registrar que os mencionados artigos (100 a 104) da Resolução Anatel n. 426/2005 foram revogados pela Resolução n. 632/2014.

E, no caso, o instrumento convocatório é claro ao dispor, em seu subitem 13.12 (e na Cláusula Décima Segunda, parágrafo primeiro, “e” da minuta do Contrato) que constitui obrigação da contratada “*manter em*



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

funcionamento contínuo todos os acessos. O bloqueio dos serviços somente poderá ser executado por solicitação do CONTRATANTE, salvo por atraso no pagamento da fatura de serviços prestados, após o 30º (trigésimo) dia de atraso” (Grifamos).

Deste modo a possibilidade de bloqueio dos serviços por atraso no pagamento da fatura foi contemplada no Edital regente do certame.

Ante o exposto, tem-se que os argumentos da Empresa não merecem guarida.”

12- RETENÇÃO DE PAGAMENTO PELO CONTRATANTE (ITEM 20.7 DO EDITAL):

A impugnante requer, a modificação do item 20.3 do Edital e do parágrafo oitavo da cláusula décima terceira da minuta do contrato, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do art. 87 da Lei de Licitações.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“A Licitante combate a disposição editalícia acerca da possibilidade de retenção do pagamento pela Contratada para ressarcimento de danos por ela provocados, sob o argumento de que essa medida punitiva não está elencada no rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93 (que trata das sanções a serem aplicadas pela Administração pela inexecução total ou parcial do ajuste).

Sem embargo, do cotejo da impugnação em testilha, infere-se que a Empresa visou, na verdade, impugnar o Item 20.7 do instrumento convocatório, que assim dispõe:

20.7. As penalidades pecuniárias descritas neste edital, aplicadas após regular processo administrativo que se garanta ampla defesa e contraditório, poderão ser descontadas da garantia contratual. Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda dessa, responderá a CONTRATADA pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela CONTRATANTE ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente. Para os contratos que não se exijam garantia contratual, poderá haver retenção cautelar de crédito referente ao ressarcimento de eventuais danos provocados pela CONTRATADA, correspondentes ao prejuízo sofrido pela Administração, exclusivamente nos casos de



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

multa moratória de até 30 (trinta) dias, até a conclusão do regular processo administrativo que deverá ser iniciado a seguir.

(grifamos)

A tese defendida pela Licitante não prospera. O Edital é claro ao dispor que se trata de uma faculdade concedida ao Tribunal, naqueles contextos de risco iminente, ocasião em que poderá, motivadamente, adotar providências acauteladoras (art. 45 da Lei nº 9784/99) – as quais somente se efetivarão após a pertinente análise da situação apresentada (sob a égide do ordenamento jurídico).”

Aquiesceu o Diretor-Geral ao termos do Parecer da Assessoria Jurídica no sentido de negar provimento ao pedido.

13- PRAZO DE INSTALAÇÃO (ITEM 9.1 DO EDITAL):

A empresa solicita a dilação do prazo previsto no item 9.1 do Edital: “*Os serviços contratados deverão ser implantados / ativados no prazo máximo de 40 (quarenta) dias corridos contados a partir da Assinatura do Contrato, conforme entendimento da FISCALIZAÇÃO*” para 60 (sessenta) dias, contados após a disponibilização por parte da contratante, dos requisitos mínimos de infraestrutura exigidos, quando for o caso, a serem indicados pela CONTRATADA, por se tratar de alguns pontos novos que deverão ser instalados nas localidades possivelmente novo haverá a necessidade de implantação e rede básica.

RESPOSTA:

A seguir transcrevo o parecer jurídico da Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral do TRT3 acerca do item ora impugnado:

“Por fim, a Licitante propugna pelo elastecimento do prazo de instalação dos serviços contratados, para ser computado após a disponibilização dos requisitos mínimos de infraestrutura pela Contratante.

Em sendo a questão técnica, afeta às atribuições do NGP, cumpre repisar a justificativa apresentada por essa Unidade para não acolhimento da insurgência da Empresa, veja-se (doc. nº 22882-2018-18, p. 1309):

Entendemos que as operadoras de sistemas de telefonia possuem amplo domínio técnico de todas as diretrizes necessárias para o cumprimento do disposto no item 9.2 do Termo de Referência. Existe ainda a possibilidade de realização de visitas técnicas aos locais de fornecimento dos serviços. O prazo de 40 dias deve ser mantido, a fim de não haver prejuízos para o TRT no que se refere à prestação



TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO
Secretaria de Licitações e Contratos

de serviços de telefonia de toda a região setor 3 da ANATEL, salvaguardando-se o interesse público. **Este prazo também foi objeto de análise por outras operadoras quando da pesquisa de preços, e nada foi relatado sobre este tema.**

(destaques originais; grifamos)

A propósito, consigna-se que o Contrato vigente para prestação dos serviços ora licitados (Contrato nº 17SR039) contempla prazo menor, de 30 (trinta) dias, para ativação dos serviços de STFC (Cláusula Quinta). E a atual Contratada não manifestou dificuldades para adimplemento do ajuste, nos termos ajustados (conforme informado por servidor vinculado ao NGP, em 23/08/2018).

Dessa forma, também não merece guarida o pleito da Impugnante.”

CONCLUSÃO

Negado provimento aos pedidos formulados por Oi S.A., nos termos do Parecer Jurídico exarado pela Assessoria de Análise Jurídica da Diretoria-Geral, acolhido pela Administração, cujos fundamentos são parte integrante desta decisão.

Publique-se esta decisão no site institucional e *licitacoes-e*.

Dê-se ciência à impugnante, com cópia.

Designa-se nova data para a realização da sessão de abertura do certame, a saber, o dia 11/09/2018 às 13:00 horas.

Divulgue-se a nova data nos veículos oficiais.

Belo Horizonte, 04 de setembro de 2018.

SUELY DARLENE SILVA CAMPOS

Pregoeira