

Ilmo. Sr. Pregoeiro da Justiça Federal de Primeiro Grau, Seção Judiciária do Espírito Santo,

Ref.: Impugnação aos termos do Edital de Pregão nº. 01/2014

TELEMAR NORTE LESTE S.A., (Oi) com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

Razões de Impugnação

A Justiça Federal de Primeiro Grau, Seção Judiciária do Espírito Santo, instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma eletrônica, registrado sob o n.º 01/2014, visando à *“contratação de serviços de telecomunicação em fibra óptica para a rede corporativa da Justiça Federal de Primeiro Grau no Espírito Santo, para a transmissão de dados entre os edifícios Sede e Cidade Alta, interligando as respectivas redes locais (serviço “LAN-to-LAN”), conforme especificações constantes neste Edital e seus Anexos.”*

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

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



Assinado digitalmente por NEUSLENE FLAMIER DE SOUZA.
Documento Nº: 1095365.9681155-5025 - consulta à autenticidade em
<https://siga.jfrj.jus.br/sigaex/autenticar.action>



JFESEOF201300580V02

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

ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

O item 4.6 do Edital veda a participação de empresa que esteja reunida em consórcio e seja controladora, coligada ou subsidiária entre si.

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

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

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

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



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

“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. **Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição.** Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. **Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.** É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que **apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação¹.**” (grifo nosso)

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

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

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

“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em**

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



última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)" (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)

Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionariedade da Administração a permissão ou não de consórcio de empresas, sua restrição deve ser devidamente fundamentada e deve colimar sempre com as condições do mercado e do objeto licitado, de forma que seja garantida a competitividade.

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

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

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer a exclusão do item 4.6 do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.



2. O impedimento à participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação. Ausência de previsão legal. Ausência de prejuízo para a Administração.

O **item 4.5 do Edital** veda a participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.

Entretanto, não há razão nem embasamento legal para que a Administração inclua, em Edital de licitação, a vedação da participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.

Vale mencionar, por oportuno, os conceitos legais (Lei nº 6.404/1976) de cada um destes tipos de movimentação societária:

Art. 227. A **incorporação** é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Art. 228. A **fusão** é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

Art. 229. A **cisão** é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; [...].

Nota-se que em todas estas movimentações societárias a Lei determina que a sociedade remanescente se responsabilize pelos deveres/obrigações assumidas pela Companhia originária. Dessa forma, não resta nenhum prejuízo para os contratantes e credores desta Companhia.

Ademais, não existe na Lei nº 8.666/93 ou em qualquer outro ato legislativo qualquer previsão que autorize a restrição ao direito de participar em licitações de empresas que estejam em movimentação societária nos tipos acima mencionados. Trata-se, assim, de previsão editalícia sem base na legalidade e na razoabilidade.



Por oportuno, vale salientar que o princípio da legalidade é elemento basilar do regime jurídico-administrativo, considerado a “diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18). Nesse sentido, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito.

O objetivo direto de tal princípio é impedir que prevaleça a vontade pessoal do administrador. Vinculando-se diretamente ao princípio da impessoalidade, o princípio da legalidade garante uma atuação isenta e objetiva por parte da Administração, garantida sua atuação em direção à supremacia do interesse público.

Vê-se, portanto, que qualquer ação que não esteja estritamente dentro da esfera legal deve ser desconsiderada e expurgada da esfera administrativa. É nesse sentido que se permite o afastamento de atos administrativos que não estejam em conformidade com a lei, pois “(...) só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 18).

Vale destacar, por fim, que estas movimentações societárias são comuns na realidade do mercado mundial e brasileiro e, repita-se, a legislação salvaguarda todos os eventuais credores da Companhia.

Diante do exposto, a Oi requer a alteração no **item 4.5 do Edital**, para que seja retirada do Edital a vedação à participação de empresas *em processo de fusão, cisão ou incorporação*.

3. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

O item 25.2 do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa válida, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452/1943.

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

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



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

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

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista;”

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

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do [Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.](#)”

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

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

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



“Art. 642-A. É instituída a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida gratuita e eletronicamente, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

(...)

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, **será expedida Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT.** (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)” (grifo nosso)

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

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

Ante o exposto, requer a adequação do item 25.2 do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT.

4. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 9.2.11 da cláusula nona da minuta do contrato prevê que os atrasos no pagamento serão compensados mediante a aplicação da seguinte fórmula: $EM = I \times N \times VP$.

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



Assinado digitalmente por NEUSLENE FLAMIER DE SOUZA.
Documento Nº: 1095365.9681155-5025 - consulta à autenticidade em
<https://siga.jfrj.jus.br/sigaex/autenticar.action>



JFESEOF201300580V02

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

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

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

Pelo exposto, faz-se necessária alteração do item 9.2.11 da cláusula nona da minuta do contrato, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

5. Das penalidades excessivas

Os itens 43, 48, 48 e 50 do Edital e itens 11.2.1, 11.2.2 e 11.2.3 da cláusula onze da minuta do contrato determinam a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública.

O art. 87, inciso III, da Lei de Licitações determina que na hipótese de inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá aplicar a sanção de “multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. Ocorre que não há no dispositivo em questão qualquer limite à aplicação da multa, o que gera, automaticamente, sua interpretação indissociável com o princípio da proporcionalidade, conforme se observa do entendimento de Marçal Justen Filho sobre o tema:



“Então, o instrumento jurídico fundamental para elaboração de uma teoria quanto às sanções atinentes à contratação administrativa reside na proporcionalidade. Isso significa que, tendo a Lei previsto um elenco de quatro sanções, dotadas de diverso grau de severidade, impõe-se adequar as sanções mais graves às condutas mais reprováveis. **A reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada correspondente**”² (grifo nosso)

Nesse sentido, deve-se guardar a proporcionalidade entre o fato gerador da sanção e o *quantum* a ser exigido, como bem alinhava o art. 2º, parágrafo único, inciso VI, da Lei n.º 9.784/1999, por exigir “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias para o atendimento do interesse público”.

Não é o que se observa no caso em questão. A multa definida no percentual acima exposto gera para a Contratada gravame completamente desproporcional, ferindo os princípios da proporcionalidade e da própria legalidade.

A doutrina alemã do princípio da proporcionalidade, amplamente aceita e praticada no sistema jurídico brasileiro, traz como método de sua aplicação a análise de seus três sub-princípios: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Notwendigkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismäßig im engeren Sinn*). O pressuposto da adequação determina que a medida aplicada deve guardar relação entre meio e fim, de modo que seja a mais adequada para a resolução da questão. A necessidade diz respeito à escolha da medida menos gravosa para atingir sua efetividade. E, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação entre o meio-termo e a justa-medida da ação que se deseja perpetrar, verificando-se se a medida alcançará mais vantagens que desvantagens.

Tal princípio é reconhecido e definido por José dos Santos Carvalho Filho da seguinte forma:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) **exigibilidade**, porque a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, **o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos**; 3) **proporcionalidade em sentido**

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 884.



estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.³ (grifo nosso)

No presente caso, verifica-se que a sanção de multa fixada no referido percentual até se encaixam no primeiro pressuposto, sendo adequadas ao cumprimento de seu fim. No entanto, o mesmo não se pode dizer quanto à necessidade. A quantidade fixada à título de multa é medida completamente desnecessária para punir o descumprimento da regra do Edital, uma vez que poderia causar menor prejuízo para o particular e mesmo assim atingir o fim desejado. Entende-se que a aplicação de multa com fito pedagógico pode ser entendida como razoável, mas a sua definição em patamares elevados torna a sanção desnecessária. Isso porque existem meios menos gravosos, mas mesmo assim a Administração optou pela escolha do pior método.

Por fim, verifica-se que a sanção aplicada à Contratada não preenche também o pré-requisito da proporcionalidade em sentido estrito. É flagrante que o presente percentual de multa pune a Contratada sobremaneira, excedendo-se desarrazoadamente quando se observa o fato que a ensejou. É perfeita a aplicação da metáfora de Jellinek que “não se abatem pardais disparando canhões”.

Observa-se, portanto, que a Administração, ao fixar a penalidade em comento, descumpriu completamente o princípio da proporcionalidade, sendo necessária a revisão de tal medida. Cumpre ainda ressaltar que não quer a Contratada se eximir do cumprimento das sanções estabelecidas se de fato viesse a descumprir o contrato e dar ensejo a rescisão deste. Pede-se apenas que estas sejam aplicadas de forma proporcional ao fato que as ensejou.

Noutro giro, verifica-se que o próprio STJ reconheceu que diante do caráter vago do art. 87 da Lei de Licitações, a Administração deve-se balizar pelo princípio da proporcionalidade:

“Mandado de Segurança. Declaração de Inidoneidade. Descumprimento do Contrato Administrativo. Culpa da Empresa Contratada. Impossibilidade de Aplicação de Penalidade mais Grave a Comportamento que não é o mais Grave. Ressalvada a aplicação de Outra Sanção pelo Poder Público.

Não é lícito ao Poder Público, diante da imprecisão da lei, **aplicar os incisos do artigo 87 sem qualquer critério**. Como se pode observar pela leitura do dispositivo, há uma gradação entre as sanções. Embora não esteja o administrador submetido ao princípio da pena específica, vigora no Direito Administrativo o princípio da proporcionalidade.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª Ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, 2011, p. 38.



Não se questiona, pois, a responsabilidade civil da empresa pelos danos, mas apenas **a necessidade de imposição da mais grave sanção a conduta que, embora tenha causado grande prejuízo, não é o mais grave comportamento.**" (MS n.º 7.311/DF)

Vê-se que tal entendimento corrobora o que fora acima alinhavado, demonstrando que a fixação da sanção, bem como o *quantum* referente à multa deve ocorrer tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Por todo o exposto, requer a adequação dos itens 43, 48, 48 e 50 do Edital e itens 11.2.1, 11.2.2 e 11.2.3 da cláusula onze da minuta do contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

Pedido

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

Vitória/ES, 02 de janeiro de 2014.



Frederico Rodrigues Moreira.
Executivo de Negócios.
Governo Federal.
Diretoria Corporativa
Oi Móvel: 031-21-98896-4388.
Email: frederico.moreira@oi.net.br



Assinado digitalmente por NEUSLENE FLAMIER DE SOUZA.
Documento Nº: 1095365.9681155-5025 - consulta à autenticidade em
<https://siga.jfrj.jus.br/sigaex/autenticar.action>



JFESEOF201300580V02



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO



PARECER Nº JFES-PAR-2014/00001

Referência: Processo de Execução Orçamentária e Financeira Nº JFES-EOF-2013/00580, 07/11/13 - JFES.

Assunto: Contratação / pagamento de serviços (exceto magistrado e servidor)

Trata-se de processo administrativo por meio do qual a Administração visa à contratação de serviços de telecomunicações em fibra óptica para a rede corporativa da Justiça Federal de Primeiro Grau no Espírito Santo.

Publicado o edital (fl. 220), foi interposta impugnação ao mesmo pela empresa Telemar Norte Leste S.A. (Oi) pautando-se em cinco questionamentos:

1º) Da suposta impossibilidade de vedação à participação de empresas em consórcio;

2º) Da suposta impossibilidade de vedação à participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação;

3º) Da inadequação da exigência de certidão de regularidade trabalhista para fins habilitatórios: possibilidade de admissão de certidão positiva com efeitos de negativa;

4º) Da necessidade de incremento às garantias da contratada em caso de inadimplência da contratante;

5º) Da suposta abusividade das multas estabelecidas em Edital.

Destina-se, pois, o presente Parecer, à análise da impugnação em tela e de seus argumentos.

É o relatório, no essencial. Passo a opinar.



Assinado digitalmente por DIANA BRANDAO MAIA MENDES DE SOUSA.
Documento Nº: 1130911-2812 - consulta à autenticidade em <https://siga.jfrj.jus.br/sigaex/autenticar.action>

Classif. documental | 30.02.02.01



JFESPAR201400001A

Primeiramente, quanto à tempestividade da presente impugnação, considero-a tempestiva, porquanto observado o prazo previsto no art. 18, *caput* do Decreto nº 5.450/2005.

Dito isto, passo à análise da argumentação empreendida pela impugnante:

1º) Da suposta impossibilidade de vedação à participação de empresas em consórcio:

Primeiramente, cumpre salientar que a impugnante insurge-se contra o disposto na Cláusula 4.6 do Edital de Pregão Eletrônico nº 01/2014 que assim determina:

"4. Não poderão participar deste Pregão:

(...)

4.6. Consórcio de empresa, qualquer que seja sua forma de constituição".

Aduz a impugnante que:

"Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto Licitado".

Esclarece que, no seu sentir, o mais adequado seria autorizar a participação de empresas em consórcio, de modo a ampliar a competitividade do certame, visto que a realidade mercadológica que envolve o objeto licitado é de prestação do serviço por poucas empresas que, em consórcio, teriam maior interesse na prestação do objeto que, como dito, constitui-se em serviço tecnicamente complexo.

Neste passo, cumpre destacar o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

"Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:



I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo".

Neste passo, a interpretação que se dá ao dispositivo em comento é de que a admissão, ou não, de empresas em consórcio, corresponde à faculdade do administrador público, que deve exercê-la após a análise da conveniência e oportunidade de tal ou qual decisão, pautada, tal decisão, nas circunstâncias técnicas que envolvam a hipótese.

Frise-se, aliás, que de tal entendimento não destoa o E. Tribunal de Contas da União que assim já se manifestou:

A regra, no procedimento licitatório é a participação de empresas individualmente em disputa umas com as outras, permitindo-se a união de esforços quando questões de alta complexidade e de relevante vulto impeçam a participação isolada de empresas com condições de, sozinhas, atenderem todos os requisitos de habilitação exigidos no edital, casos em que a participação em consórcio ampliaria o leque de concorrentes. A Lei deixa à discricionariedade administrativa a decisão de permitir a participação no certame de empresas em consórcio, porém ao permiti-la a administração deverá observar as disposições contidas no art. 33, da Lei no 8.666/1993, não podendo estabelecer condições não previstas expressamente na Lei, mormente quando restritivas ao caráter competitivo da



No mesmo sentido, tem-se, também, da lavra do E. Tribunal de Contas da União, o Acórdão nº 1417/2008-Plenário.

Contudo, com vistas a balizar a discricionariedade administrativa acima mencionada, o relativamente recente Acórdão nº 2.831/2012, noticiado por meio do Informativo nº 128/2012, elucidou que:

"A decisão de vedar a participação de consórcio em licitação de obra pública insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. Tal opção, contudo, demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem. (...) O Dnit, chamado a se justificar a respeito desse suposto vício, argumentou que a participação de consórcios é recomendável quando o objeto considerado for **"de alta complexidade ou vulto"**, o que não seria o caso do objeto sob exame, tendo em vista sua natureza e o fato de que as obras conduzidas pela entidade costumam apresentar valor muito superior ao dessa obra. (...) Alegou, também, que o referido objeto não demanda **"aglutinação de competências conexas que apresentem suas especificidades"**, o que justificaria a união de empresas, pois a contratada deve ter apenas competência para executar as obras de arte especiais". (...) A relatora, ao dissentir parcialmente da unidade técnica, assim se manifestou: (...) Ressaltou a natureza discricionária da decisão adotada pelo gestor (...) O Tribunal, então, ao acolher proposta da relatora, decidiu: a) indeferir o requerimento de suspensão cautelar do certame formulado pela autora da representação; b) **"dar ciência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit da necessidade de, em futuros procedimentos licitatórios, apresentar justificativas técnicas e econômicas robustas para a inadmissão de consórcio de empresas, de forma a afastar quaisquer questionamentos acerca da decisão adotada"**.

A par de tais considerações e tratando, especificamente, da competitividade do certame, o E. Tribunal de Contas da União, sobre o tema, já teve a oportunidade de se manifestar no seguinte sentido:

(...) nem sempre a participação de empresas em consórcio implica incremento de competitividade (associação de pequenas empresas para participação em conjunto), podendo vir a constituir, ao contrário, limitação à concorrência (diminuição do número de empresas de porte interessadas por integrarem um mesmo consórcio) (Acórdão 280/2010- Plenário - Voto do Ministro Relator)

Assim, em síntese de tudo o quanto foi até aqui exposto, tem-se que, a regra, no procedimento licitatório, é a sua realização por meio de empresas isoladas, isto é, sem haver a formação de consórcio.



Contudo, também como regra, a participação de empresas em consórcio ampliaria a competitividade do certame.

Todavia, tal possibilidade constituir-se-ia em opção discricionária do administrador, cuja justificativa para inadmissão deve se pautar em circunstâncias técnicas - robustas e concretas - que o autorizem.

Neste passo, a obrigatoriedade de participação de empresas em consórcio faz-se necessária e se justifica quando se tratar (a) de objeto de alta complexidade, (b) que demande a aglutinação de empresas com competências técnicas conexas para a sua execução e (c) cujas condições habilitatórias na licitação ensejem a união de esforços destas pessoas jurídicas.

Afora tais casos, repita-se, a admissão de participação de empresas em consórcio é discricionária do administrador, não significando, necessariamente, tal admissão, um incremento da competitividade do certame, até mesmo porque, a depender das circunstâncias, a participação de empresas em consórcio pode, verdadeiramente, significar uma redução de tal competitividade, na forma anteriormente aduzida.

Assim, neste particular, recomendo que, previamente à decisão da autoridade superior quanto à pertinência, ou não, de manutenção da Cláusula 4.6 do Edital de Pregão Eletrônico nº 01/2014, sejam os autos encaminhados à área técnica para que se manifeste sobre a presença, no caso concreto, dos três requisitos acima mencionados, quais sejam:

(a) a configuração de objeto contratual de alta complexidade,

(b) a necessidade de aglutinação de empresas com competências técnicas conexas para a execução do objeto contratual e

(c) a existência de circunstâncias técnico-mercadoológicas, que estejam no seu conhecimento, que demandem a união de esforços de diversas pessoas jurídicas para fins de cumprimento dos requisitos de habilitação previstos no edital do certame.



2º) Da suposta impossibilidade de vedação à participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação:

Neste particular, a impugnante se insurge contra a Cláusula 4.5 do Edital de Pregão Eletrônico nº 01/2014, que assim dispõe:

4. Não poderão participar deste Pregão:

(...)

4.5. Empresa que se encontre em processo de dissolução, recuperação judicial, recuperação extrajudicial, falência, concordata, fusão, cisão, ou incorporação;

Na realidade, insurge-se contra a vedação à participação de empresas em processo de fusão, cisão e incorporação.

Aduz que não há, na Lei de Licitações, dispositivo que autorize tal proibição, o que caracterizaria indevida restrição na competitividade do certame.

Alega, neste passo, que tais operações de transformação societária seriam comuns no mercado, razão pela qual, considerando que a pessoa jurídica decorrente da cisão, fusão ou incorporação seria responsável pelas obrigações assumidas por sua antecessora, a restrição não se justificaria.

Atenta à argumentação articulada pela impugnante, primeiramente, oportuno notar que o Código Civil, a respeito da incorporação, da fusão e da cisão de sociedades assim dispõe:

Art. 1.113. O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se.

Art. 1.114. A transformação depende do consentimento de todos os sócios, salvo se prevista no ato constitutivo, caso em que o dissidente poderá retirar-se da sociedade, aplicando-se, no silêncio do estatuto ou do contrato social, o disposto no art. 1.031.

Art. 1.115. **A transformação não modificará nem prejudicará, em qualquer caso, os direitos dos credores.**

Parágrafo único. A falência da sociedade transformada somente produzirá efeitos em



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO



relação aos sócios que, no tipo anterior, a eles estariam sujeitos, se o pedirem os titulares de créditos anteriores à transformação, e somente a estes beneficiará.

Art. 1.116. Na **incorporação**, uma ou várias sociedades são absorvidas por outra, que **lhes sucede em todos os direitos e obrigações**, devendo todas aprová-la, na forma estabelecida para os respectivos tipos.

Art. 1.117. A deliberação dos sócios da sociedade incorporada deverá aprovar as bases da operação e o projeto de reforma do ato constitutivo.

§ 1º A sociedade que houver de ser incorporada tomará conhecimento desse ato, e, se o aprovar, autorizará os administradores a praticar o necessário à incorporação, inclusive a subscrição em bens pelo valor da diferença que se verificar entre o ativo e o passivo.

§ 2º A deliberação dos sócios da sociedade incorporadora compreenderá a nomeação dos peritos para a avaliação do patrimônio líquido da sociedade, que tenha de ser incorporada.

Art. 1.118. Aprovados os atos da incorporação, a incorporadora declarará extinta a incorporada, e promoverá a respectiva averbação no registro próprio.

Art. 1.119. A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.

Art. 1.120. A fusão será decidida, na forma estabelecida para os respectivos tipos, pelas sociedades que pretendam unir-se.

§ 1º Em reunião ou assembléia dos sócios de cada sociedade, deliberada a fusão e aprovado o projeto do ato constitutivo da nova sociedade, bem como o plano de distribuição do capital social, serão nomeados os peritos para a avaliação do patrimônio da sociedade.

§ 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão reunião ou assembléia dos sócios para tomar conhecimento deles, decidindo sobre a constituição definitiva da nova sociedade.

§ 3º É vedado aos sócios votar o laudo de avaliação do patrimônio da sociedade de que façam parte.

Art. 1.121. Constituída a nova sociedade, aos administradores incumbe fazer inscrever, no registro próprio da sede, os atos relativos à fusão.

Art. 1.122. Até noventa dias após publicados os atos relativos à incorporação, fusão ou cisão, o credor anterior, por ela prejudicado, poderá promover judicialmente a anulação deles.

§ 1º A consignação em pagamento prejudicará a anulação pleiteada.

§ 2º Sendo ilíquida a dívida, a sociedade poderá garantir-lhe a execução, suspendendo-se o processo de anulação.

§ 3º Ocorrendo, no prazo deste artigo, a falência da sociedade incorporadora, da sociedade nova ou da cindida, qualquer credor anterior terá direito a pedir a separação



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO

dos patrimônios, para o fim de serem os créditos pagos pelos bens das respectivas massas.



Vistos os conceitos pertinentes ao caso em questão, oportuno salientar que, realmente, conforme argumenta a impugnante, inexistente disposição na Lei nº 8.666/93 que obrigue a Administração a efetuar verdadeira vedação à participação de pessoas jurídicas em processo de transformação societária.

Assim, de se ver que, efetivamente, numa interpretação sistemática, seria, sim, possível, ao Edital licitatório vedar a participação não licitação de pessoas jurídicas participantes de processo de transformação societária.

É dizer: o fato de não ser obrigatória a vedação não significa dizer que esta não é permitida.

E, assim penso que deve ser, exatamente, pela disposição do art. 78 da Lei nº 8.666/93, que determina:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

É que, no meu sentir, a ressalva feita ao final do inciso em tela, constitui-se em hipótese de admissão à vedação editalícia à participação de empresas em tal situação.

Contudo, apesar de tais conclusões e sensível à argumentação da licitante, constato que, realmente, a vedação à participação de empresas em tal situação - pura e simplesmente - pode, de fato, albergar em si a hipótese teórica de restrição à competitividade do certame.

Neste passo, interpretando o supracitado inciso VI do art. 78 da Lei nº 8.666/93, o E. Tribunal de Contas da União já teve a oportunidade de asseverar que:



(...) se não houver expressa regulamentação no edital ou no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, uma vez feitas as alterações subjetivas pertinentes, **bem assim celebrar contrato com licitantes que tenham passado pelo mesmo processo**, desde que, em qualquer caso, sejam atendidas cumulativamente as seguintes condições:

- observância pela nova empresa dos requisitos de habilitação de que trata o art. 27 da Lei no 8.666/1993, segundo as condições originalmente previstas na licitação;

- manutenção de todas as condições estabelecidas no contrato original;

- inexistência de prejuízo para a execução do objeto pactuado causado pela modificação da estrutura da empresa; e

- anuência expressa da Administração, após a verificação dos requisitos apontados anteriormente, como condição para a continuidade do contrato.

O entendimento firmado na consulta aplica-se tão-somente aos institutos jurídicos da cisão, fusão e incorporação. (Acórdão 634/2007-Plenário).

Assim, penso que, neste particular, deve a impugnação ser recebida e parcialmente provida, alterando-se este e os demais Editais de licitação desta Administração, com vistas a permitir a participação de empresas em processo de cisão, fusão ou incorporação, desde que atendidos os requisitos estabelecidos pelo E. Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão retro-mencionado.

3º) Da inadequação da exigência de certidão de regularidade trabalhista para fins habilitatórios: possibilidade de admissão de certidão positiva com efeitos de negativa

Neste particular, insurge-se a impugnante contra a disposição da Cláusula 25.2 do Edital de Pregão nº 01/2014, que assim dispõe:

25. A habilitação dos licitantes será verificada por meio:

(...)

25.2. Do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT, centralizado no Portal do Tribunal Superior do Trabalho (<http://www.tst.jus.br>), no tocante à regularidade trabalhista (Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, criada pela Lei 12.440, de 07.07.2011).



Aduz, que, verdadeiramente, deveriam ser aceitas não somente Certidões Negativas de Débitos Trabalhistas, mas, também, as Certidões Positivas com Efeito de Negativas, de modo a garantir a maior participação de licitantes possíveis no certame, ampliando a competitividade.

A respeito da argumentação da impugnante, tenho a rememorar que, como se sabe, a Lei nº 12.440/2011 inseriu, no inciso IV do art. 27 da Lei nº 8.666/93 o termo "trabalhista", de modo a exigir, nas contratações efetivadas com o Poder Público, a regularidade referida.

A norma em comento foi submetida a período de *vacatio legis*, tendo entrado em vigor, somente, em 05.01.2012.

Sendo assim, penso que, realmente, a partir de tal data, a Administração deve, sim, exigir a regularidade trabalhista como requisito de habilitação nos certames por ela organizados.

Contudo, não há óbice a que os licitantes venham, como pretende a impugnante, apresentar Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, até mesmo porque tal Certidão, como as demais Certidões comprobatórias da Regularidade Fiscal das licitantes, exemplificativamente, constarão do Banco Nacional de Devedores Trabalhistas-BNDT, previsto pela Cláusula Editalícia impugnada.

Assim, se não ficou claro para a impugnante, é bom que se esclareça que, realmente, a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa será aceita para fins de comprovação da sua regularidade trabalhista, sendo este o caso.

Deste modo, a par do esclarecimento efetivado, não vejo alteração a ser efetivada na Cláusula Editalícia em comento, razão pela qual, neste particular, recomendo que a impugnação seja recebida, mas que, no mérito, não seja provida.

4º) Da necessidade de incremento às garantias da contratada em caso de inadimplência da contratante;

Requer a impugnante a alteração da Cláusula 9.2.11da Minuta de Contrato para que nela conste como sanções à mora da contratante no adimplemento pelos serviços prestados os seguintes percentuais: multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO

fatura no mês de atraso e juros de mora 1% (um por cento) ao mês, além da correção monetária prevista a partir do IGP-DI.



No que diz respeito à pretendida previsão de pagamento de juros moratórios e de multa em caso de atraso no pagamento pela Administração, por culpa exclusiva desta, é de se destacar que a Minuta impugnada prevê, em sua Cláusula 9.2.11 que:

Os encargos moratórios devidos em razão do atraso no pagamento poderão ser calculados com utilização da seguinte fórmula:

$$EM = N \times VP \times I$$

Onde:

EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela em atraso.

I = Índice de compensação financeira, assim apurado:

$$I = (TX/100)$$

365

TX = Percentual da taxa anual do IPCA - Índice de Preços ao Consumidor Ampliado, do IBGE.

Tal é a redação constante do item 9, "h", do art. 41 da Ordem de Serviço nº 009/2008, que estabelece procedimentos relativos à execução contratual no âmbito desta Seção Judiciária, não havendo razão para modificação da Minuta Contratual quanto a isso.

Frise-se, por oportuno, que todos os atos normativos desta Administração são adotados após longos e refletidos estudos, constantes dos processos administrativos pertinentes - que se encontram à disposição da impugnante e de quaisquer outras licitantes para consulta - razão pela qual, penso que os argumentos da impugnante nesse ponto devem ser rechaçados e que não deve ser acolhida a cláusula que sugere, não sendo necessária a efetivação de qualquer modificação no edital ou na minuta de contrato.

Diante do exposto, considero que neste particular a impugnação da licitante deve ser recebida, mas, no mérito, não deve ser provida, mantendo-se a Cláusula da Minuta de Contrato como atualmente se encontra.



5º) Da suposta abusividade das multas estabelecidas em Edital.

Insurge-se a impugnante contra o disposto nas Cláusulas 43, 48 e 50 do Edital de Licitação e nas Cláusulas 11.2.1, 11.2.2 e 11.2.3 da Minuta Contratual.

Argumenta que quaisquer multas a serem aplicadas por esta Administração, em virtude de descumprimento contratual, não devem superar o patamar de 10% (dez por cento), por força do disposto no art. 9º do Decreto nº 22.626/33, que assim dispõe:

Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida.

Alega a impugnante que os percentuais previstos pela Administração não são razoáveis, analisando o cumprimento, pelos percentuais estabelecidos editaliciamente, dos requisitos pertinentes à proporcionalidade.

Atenta e sensível à argumentação da impugnante, em pesquisas na jurisprudência do E. Tribunal de Contas da União sobre o tema, constatei que a dita Corte assim já se manifestou:

VISTOS, relatados e discutidos este Relatório de Acompanhamento tendo por objeto a análise da minuta do Edital de Concorrência das Obras de Construção do Prédio Anexo III do Senado Federal, constituído a partir de solicitação encaminhada a este Tribunal pelo Presidente daquela Casa Legislativa, à época, Senador Renan Calheiros. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, em:

9.1. sugerir ao Senado Federal, caso deseje publicar o Edital de Concorrência das Obras de Construção do Prédio Anexo III, que:

9.1.19. promova a pertinente adaptação da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato, vez que referido dispositivo prevê a possibilidade de cumulatividade de aplicação de penalidades pecuniárias por atraso na execução do objeto contratual as quais poderão importar em extrapolação do limite de 10 % previstos no Decreto nº 22.626, de 07/04/1933 (consoante entendimento exposto pelo TCU no TC - 016.487/2002-1 - Representação - Acórdão nº 145/2004 - Plenário); (AC-0597-11/08-P, j. 09.04.2008)

Neste passo, quanto ao Acórdão nº 145/2004-Plenário, anteriormente citado, no ponto pertinente ao questionamento ora versado, assim se constata a manifestação da Corte



de Contas:

2.2.9 Com relação ao valor da multa a ser aplicada, conforme análises já realizadas acerca do Relatório Final da Comissão de Sindicância, a aplicação da referida penalidade nos percentuais previstos no Contrato, de fato, acabaria por onerar desproporcionalmente a contratada. De acordo com os cálculos da Comissão de Sindicância, tendo ocorrido 99 dias de atraso na entrega, a multa moratória devida pela contratada alcançaria o valor de R\$ 6.969.162,20 (fls. 856 - vol. 3). No entanto, conforme expôs o DRPF (fl. 864 - vol. 3), no entendimento da Consultoria Jurídica do MJ teria ocorrido um atraso de 62 dias, o que corresponderia a aplicação de multa no valor de R\$ 4.135.547,16 e segundo cálculos do próprio DPRF a multa alcançaria o montante de R\$ 12.866.146,73, considerando-se 176 dias de atraso na entrega (fl. 864 - vol. 3). **Observa-se que o percentual assinalado tanto no edital, quanto no contrato, acaba por gerar uma multa que extrapola o limite previsto no art. 9º da Lei de Usura (Decreto n. 22.626, de 7 de abril de 1933, revigorado por Decreto sem número de 29 de novembro de 1991), na qual é prescrito que 'não é válida cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida'.** 2.2.10 Além disso, a Lei n. 8.078/1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor, em seu artigo 52, § 1º, com redação dada pela Lei n. 9.298/1996, estabelece, in verbis: 'as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação'. 2.2.11 Tendo em vista que, nesta Corte de Contas, já foi determinada anteriormente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (TC 015.972/1999-2), no que concerne à garantia de contrato pactuado com a Administração Pública, de forma análoga, o Código (art. 52, § 1º da Lei n. 8.078/1990) poderia até ser aplicado subsidiariamente para fundamentar a mudança da Cláusula Décima Primeira do Contrato n. 029/2001, com a finalidade de alterar a multa moratória, pelo atraso na entrega do objeto ou cumprimento da obrigação, para, no máximo, 2% do valor global do contrato.

Contudo, embora ciente do posicionamento acima evidenciado, não considero que o percentual máximo de 30% (trinta por cento) sobre o valor do contrato ou sobre o valor da obrigação inadimplida seja abusivo.

Isso porque, em primeiro lugar, é bastante raro nesta Administração a aplicação de multa pela inexecução total do pacto.

Além do mais, em segundo lugar, a Lei de Licitações deixou ao alvedrio da Administração o estabelecimento dos percentuais de multa.

E, assim o fez, justamente porque os contratos administrativos tratam substancialmente do interesse público, razão por que a Administração deve ponderar a penalidade mais adequada ao cumprimento de tais primordiais interesses.



Ainda, deve-se salientar, em terceiro lugar, que eventuais multas somente são aplicadas após o devido processo legal e o contraditório, o que, por si só, vem a conferir à contratada as garantias constitucionais necessárias à ausência de arbitrariedade por parte da Administração.

Assim, neste ponto, embora ciente do posicionamento do TCU acima mencionado, compreendo que deve ser considerada improcedente a argumentação da impugnante e, posteriormente, em eventual processo de penalidade, se se constatar irrazoabilidade da multa concretamente considerada, o assunto pode voltar a ser discutido.

Sendo assim, considerando os argumentos anteriormente expostos, sugiro que, neste ponto, a impugnação seja recebida, mas que a ela não seja dado provimento, mantendo-se as cláusulas editalícias e contratuais impugnadas.

Assim, diante de tudo quanto foi até aqui exposto, posso, sucintamente, concluir o que se segue:

1º) Quanto à suposta impossibilidade de vedação à participação de empresas em consórcio: recomendo que, previamente à decisão da autoridade superior quanto à pertinência, ou não, de manutenção da Cláusula 4.6 do Edital de Pregão Eletrônico nº 01/2014, sejam os autos encaminhados à área técnica para que se manifeste sobre a presença, no caso concreto, dos três seguintes requisitos: (a) a configuração de objeto contratual de alta complexidade, (b) a necessidade de aglutinação de empresas com competências técnicas conexas para a execução do objeto contratual e (c) a existência de circunstâncias técnico-mercadoológicas, que estejam no seu conhecimento, que demandem a união de esforços de diversas pessoas jurídicas para fins de cumprimento dos requisitos de habilitação previstos no edital do certame.

2º) Quanto à suposta impossibilidade de vedação à participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação: recomendo que seja a impugnação recebida e parcialmente provida, alterando-se este e os demais Editais de licitação desta Administração, com vistas a permitir a participação de empresas em processo de cisão, fusão ou incorporação, desde que atendidos os requisitos estabelecidos pelo E. Tribunal de Contas da União por meio do Acórdão nº 634/2007.

3º) Quanto à inadequação da exigência de certidão de regularidade trabalhista para fins habilitatórios e da possibilidade de admissão de certidão positiva com efeitos de negativa: recomendo que se esclareça à impugnante que Certidões



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO



Positivas com Efeitos de Negativas serão aceitas para fins de comprovação da regularidade trabalhista, não encontrando razão para alteração de qualquer Cláusula Editalícia neste sentido, razão pela qual, neste particular, recomendo que a impugnação seja recebida, mas que, no mérito, não seja provida.

4º) Quanto à necessidade de incremento às garantias da contratada em caso de inadimplência da contratante: recomendo que a impugnação da licitante seja recebida, mas que, no mérito, não seja provida, mantendo-se a Cláusula da Minuta de Contrato como atualmente se encontra.

5º) Quanto à suposta abusividade das multas estabelecidas em Edital: recomendo que a impugnação seja recebida, mas que a ela não seja dado provimento, mantendo-se as cláusulas editalícias e contratuais impugnadas como atualmente se encontram.

É o Parecer.

Vitória - ES, 03 de janeiro de 2014.

DIANA BRANDÃO MAIA MENDES DE SOUSA
ASSISTENTE III
COORDENADORIA JURÍDICA





PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO

PARECER Nº JFES-PAR-2014/00002

Referência: Processo de Execução Orçamentária e Financeira Nº JFES-EOF-2013/00580, 07/11/13 - JFES.

Assunto: Contratação / pagamento de serviços (exceto magistrado e servidor)

De acordo com os termos do parecer retro.

Ainda, com fulcro no artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, recomendo que se reabra o prazo inicialmente estabelecido para apresentação das propostas.

É o Parecer.

Vitória - ES, 03 de janeiro de 2014.

GELCIANE RAMOS ALVES
COORDENADOR DE NÚCLEO
COORDENADORIA JURÍDICA



Assinado digitalmente por GELCIANE RAMOS ALVES.
Documento Nº: 1130914-2812 - consulta à autenticidade em <https://siga.jfrj.jus.br/sigaex/autenticar.action>

Classif. documental | 30.02.02.01



JFESPAR201400002A



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO

DESPACHO Nº JFES-DES-2014/00038

Referência: Processo de Execução Orçamentária e Financeira Nº JFES-EOF-2013/00580, 07/11/13 - JFES.

Assunto: Contratação / pagamento de serviços (exceto magistrado e servidor)

À NÚCLEO DE CONTRATAÇÕES,

Trata-se de processo de execução orçamentária e financeira para contratação serviços de telecomunicações em fibra óptica visando a transmissão de dados entre a sede da Seção Judiciária e o edifício localizado na Cidade Alta.

Às fls. 228/239, impugnação interposta pela empresa **Telemar Norte Leste S.A (Oi)** ao Edital de Pregão Eletrônico nº 01/2014. Requer a impugnante a alteração do edital em relação aos seguintes pontos: **1)** excluir a vedação de participação de licitantes em regime de consórcio (item 4.6 do Edital); **2)** excluir a vedação de participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação (item 4.5); **3)** excluir a prova de regularidade trabalhista como requisito de habilitação aplicável às contratações empreendidas pelo poder público (item 25.2 do Edital); **4)** implementar garantias à contratada em caso de inadimplência da contratante (tem 9.2.11 da minuta de contrato), de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo IGP-DI; e **5)** adequação das penalidades por considerá-las abusivas (itens 43, 18 e 50 do Edital e itens 11.2.1, 11.2.2 e 11.2.3 da minuta de contrato) para que as multas observem o limite de 10% sobre o valor do contrato.

Às fls. 242/257, a Coordenadoria Jurídica sugere, em síntese, que a impugnação seja recebida mas que no mérito não seja provida em relação aos itens 3, 4 e 5 acima, devendo ser mantidas as cláusulas editalícias e contratuais impugnadas como atualmente se encontram. Em relação ao item 1, recomenda que a área técnica se manifeste sobre a presença, no caso concreto, dos requisitos necessários à obrigatoriedade de participação de empresas em regime de consórcio do procedimento licitatório, tendo em vista que a admissão dessas empresas constitui-se em opção discricionária do administrador. Quanto ao item 2, sugere que a impugnação seja recebida e parcialmente provida, alterando se este e os demais editais de licitação desta Administração, com vistas a permitir a participação de empresas em processo de cisão, fusão ou incorporação, desde que atendidos os requisitos estabelecidos no Acórdão 634/2007-Plenário do Tribunal de Contas da União.

À fl. 259, esclarecimentos prestados pela área técnica.

Decido.

Acolho, integralmente, o parecer de fls. 242/257 da Coordenadoria Jurídica.

Dessa forma, à vista do parecer da Coordenadoria Jurídica e pelas razões expostas pela área técnica conheço da impugnação interposta pela empresa **Telemar Norte Leste S.A (Oi)** (fls. 228/239), negando, entretanto, provimento aos argumentos constantes dos itens 1, 3, 4 e 5 pelo que mantenho os termos do Edital de Pregão Eletrônico nº 01/2014 e da minuta de edital.



Classif. documental | 30.02.02.01



JFESDES201400038A

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO



Em relação ao item 2, que versa sobre a vedação de participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação (item 4.5 do Edital), recebo a impugnação apresentada, dando-lhe parcial provimento. Assim, determino a alteração do Edital 01/2014 e os demais editais de licitação desta Administração, com vistas a permitir a participação de empresas em processo de cisão, fusão ou incorporação, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos no Acórdão 634/2007-Plenário do Tribunal de Contas da União.

Comunique-se, com cópia do Parecer de fls. 242/257.

Providencie-se a republicação do edital com a reabertura do prazo inicialmente concedido para apresentação das propostas, nos termos do art. 21, § 4, da Lei nº 8.666/93.

Vitória - ES, 10 de janeiro de 2014.

FERNANDO CESAR BAPTISTA DE MATTOS
Juiz Federal Diretor do Foro

