

Processo TC nº 10336/16.

Licitação: Pregão Presencial nº 07/2016.

Objeto: Contratação de serviços de monitoramento de veículos, via satélite, com fornecimento de GPS.

Impugnante: Oi imóvel S.A. (Em recuperação judicial).

Razões de impugnação

Tem por título: Alterações a serem feitas no Edital e nos anexos.

01 – Vedação à participação em Regime de Consórcio fundamenta a pretensão no art. 33 da Lei 8.666/93, doutrina Marçal Justen Filho e acórdãos do TCU determinando a adoção do regime de consórcio em licitações.

RESPOSTA. A impugnação não deve ser acatada. O texto legal da Lei de Licitações trata do tema consórcio no seu art. 33:

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

A introdução do artigo “quando permitida na licitação”, induz a discricionariedade da administração. É verdade que o TCU em face de objetos licitatórios complexos e de alto valor, tem recomendado a adoção do consórcio com vistas a aumentar a competitividade, não há uma opção a priori. A situação concreta é que guiará a decisão, nesse sentido:

PLENÁRIO

Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, devidamente motivada, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio

Relatório de Auditoria do Tribunal tratou das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), especificamente do Lote 5, do Edital de Concorrência nº 12011/2011, realizada pelo Ministério da Integração Nacional – (MI). Uma das irregularidades apontadas foi a restrição à participação de empresas em consórcio. Segundo o MI, “a participação de empresas sob a forma de consórcio envolveria a discricionariedade da Administração”, sendo que, conforme precedente jurisprudencial do TCU, “o juízo acerca da admissão ou não de empresas consorciadas na licitação dependerá de cada caso concreto”. Ao concordar com a alegação apresentada, o relator registrou em seu voto que “há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização”. Deveria ser analisada, portanto, a situação de cada empreendimento, a partir de suas variáveis, tais quais o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra e a capacitação técnica dos participantes. Diante disso, a partir do que fora examinado pela unidade instrutiva, para o relator, “há que se ponderar para o fato de que cabe ao gestor definir qual o caminho a tomar relativamente à participação ou não de consórcios, de forma motivada no âmbito do processo licitatório”. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado:

Acórdão nº 1246/2006, do Plenário. **Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012.**¹

Objeto do pregão em tela é simples, corriqueiro não necessitando de peculiar expertise no mercado, e o valor é baixo. Motivos sólidos e concretos para a vedação da participação de empresas em regime de consórcio, razão pela qual, deve permanecer no texto do edital a vedação do item 3.2.5.

2. Exigência de Regularidade Trabalhista Como Requisito de Habilitação às Contratações Empreendidas Pelo Poder Público.

Questiona a redação do item 7.1.2, alínea h, do TR, por exigir a regularidade trabalhista, e em suma, argumenta citando a Lei 8.666/93, Lei 12.440/2011, a CLT e o Código Tributário, para concluir que o texto como explicitado vedaria a participação de licitantes com débitos trabalhista, mas com certidão efeito negativo.

RESPOSTA. Não se deve aceitar como correta a fundamentação do impugnante na parte em que invoca o Código Tributário Nacional, pois, o sistema tem escopo diverso daquele tratado nas relações de trabalho. Assim informa o CTN:

Art. 1º Esta Lei regula, com fundamento na [Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965](#), o sistema tributário nacional e estabelece, com fundamento no [artigo 5º, inciso XV, alínea b, da Constituição Federal](#) as **normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios**, sem prejuízo da respectiva legislação complementar, supletiva ou regulamentar. (Grifei).

Por dedução as relações de trabalho, não se confunde com as tributárias.

No que tange o texto do edital a palavra “regularidade”, vai ao encontro das preocupações suscitadas pelo impugnante. E o edital imprimiu a redação regularidade, para afastar a possível interpretação, do texto da Lei 8.666/93, de que apenas aqueles em situação de quitação para com a Justiça do Trabalho estariam aptos a participarem da licitação. Vide a Lei:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [\(Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011\)](#) [\(Vigência\)](#)

(...)

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](#). [\(Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011\)](#) [\(Vigência\)](#)

¹ TCU – Informativo Licitações e Contratos nº 106.

Portanto, a regra editalícia está amparada no *caput* do artigo, e no conceito jurídico do termo regularidade agasalhado no TCU:

“Para fim de habilitação, a Administração Pública não deve exigir dos licitantes a apresentação de certidão de quitação de obrigações fiscais, e sim prova de sua regularidade.”²

E também de orientações contidas no sítio eletrônico do TST:

“A Certidão será **positiva com efeito de negativa**, se o devedor, intimado para o cumprimento da obrigação em execução definitiva, houver garantido o juízo com depósito, por meio de bens suficientes à satisfação do débito ou tiver em seu favor decisão judicial que suspenda a exigibilidade do crédito.

A Certidão **positiva com efeito de negativa** possibilita o titular de participar de licitações.”

Observa-se que não há motivo de legal, para modificar do item 7.1.2, alínea h. Razão que consideramos improcedente a impugnação neste ponto.

3. Exigência de comprovação subjetiva no atestado de capacidade técnica. Item 7.1.4, alínea **a** do termo de referência. Sustenta, que o texto conflita com a lei 8.666/93, art. 30, § 1º, I (...) § 5º, CF art. 37, XXI, e doutrina de Dallari, por criar condição subjetiva, inserida nos seguintes dizeres “**cumprido de forma satisfatória**”.

RESPOSTA. Na realidade o questionamento, apresenta uma tautologia, pois, qual é a finalidade do atestado de capacidade técnica, o portal weblicitações tem uma definição que vem a calhar à impugnação.

“ 2 – Qual a finalidade ?” (do atestado de capacidade técnica).

“A administração Pública vai saber através deste documento se sua empresa possui mesmo os requisitos profissionais e operacionais para executar o objeto indicado no edital.”³

É de fácil percepção que uma das finalidades da apresentação do atestado de capacidade técnica é demonstrar que cumpriu anteriormente obrigação similar de forma plena e satisfatória. Emitido atestado de capacidade técnica com restrições, o licitante não terá cumprido a sua obrigação de forma satisfatória. Com esses esclarecimentos, a impugnação não deve prevalecer neste ponto.

4. Impedimento à participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em geral. Tendo-se em vista que a suspensão deve ficar restrita ao órgão que lançou a pena, item 7.1.4, al. B do TR.

² TCU - Informativo de Licitações e Contrato nº 157

³ - <http://www.weblicitacoes.com.br/atestado-de-capacidade-tecnica-para-licitacoes-em-7-passos-faceis/#.V9qsh0BcrhA>.

RESPOSTA. A condição está lançada no edital, como apresentação de declaração, encartado o documento com a sanção de suspensão, a Administração irá emitir juízo sobre o tema. Mas aproveitamos o azo, para esclarecer que não escapa a administração da Corte, o alcance das sanções suspensão e inidoneidade.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - **suspensão** temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a **Administração**, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - **declaração de inidoneidade** para licitar ou contratar com a **Administração Pública** enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.(Grifei).

E que o pregoeiro dará o cumprimento na forma estabelecida na Lei 8.666/93 e na 10.520/02. São os esclarecimentos.

5. Limitação da responsabilidade da contratada aos danos diretos comprovadamente causados à contratante.

Pede a modificação do item 10.1.12, em que responsabiliza a contratada indenizar a contratante independente de culpa ou dolo dos profissionais ou prepostos, lastreia a sua inconformidade no art. 70 da Lei 8.666/93, e cita decisão que segundo a sua ótica sustenta a sua tese.

RESPOSTA. Há interpretação equivocada por parte da interessada, o art. 70 por ser lei, impõe-se na relação jurídica, independente até de citação no contrato. O que o texto, quer dizer é que para se isentar da responsabilidade o contratado não pode alegar dolo ou culpa dos seus profissionais, a matéria nessa situação é uma questão internada da empresa contratada. No exame do elemento externo do contrato, relação jurídica administração e contratado, por ser subjetiva a responsabilização, o sujeito passivo poderá utilizar-se de todos os meios legais admitidos em direito. São os esclarecimentos.

6. Pagamento via nota fiscal com códigos de barras. Item 12.2, informa que a forma de pagamento não é usual aos serviços de telecomunicações, que o correio é por autenticação de código de barras.

RESPOSTA. Após a licitação constatando-se que o meio mais eficiente de pagamento é o proposto, nada impede a administração a sua adoção. Contudo, para o momento não é forte o suficiente para modificar o edital.

7. Emissão de nota fiscal com o CNPJ da empresa contratada. Questiona o item 12.6 do TR, que determina que os documentos fiscais sejam emitidos pela empresa vencedora do licitante, respectivamente matriz ou filial. Suscita que a previsão não encontra respaldo no art. 29 da Lei 8.666/93, decisão do TCU.

RESPOSTA. Ao contrário do afirmado há previsão legal para distinção utilizada no texto do edital, senão vejamos:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: [\(Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011\)](#)
[\(Vigência\)](#)

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;
(Grifei)

A sede encontra-se inserida no conceito de matriz, sem mais delongas:

“Conceitos de Matriz, Filial, Sucursal, Agência, Estabelecimento e Subsidiária Inteira.

Matriz: É o **estabelecimento chamado sede** ou principal que tem a primazia na direção e a que estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.” (Grifei)⁴

Vê-se que a lei contempla a diferença, para arrematar com a alternativa, **ou outra equivalente**, a lei não utilizou uma aditiva. Portanto, para legislação regente, participar com a sede, ou com a equivalente, para efeito de habilitação não há possibilidade de nesca de documentos válidos de um, e excluindo-se os inválidos de outrem. Quanto à jurisprudência do TCU, o primeiro acórdão nº 3.056/2008 Plenário, atesta o acerto da redação do edital, mas alerta que o contrato firmado pela matriz não leva ao impedimento da execução dos serviços ocorra pela filial. Logo não socorre a tese do impugnante. Neste ponto improcedente.

8. Garantias à contratada em caso de inadimplência da contratante. Sugere adoção dos seguintes parâmetros em caso de inadimplemento da contratada. Multa e juros moratórios a razão de 2%, sobre o valor da fatura ao e 1% ao mês, correção monetária IGP-DI, índice definido pela FGV.

O pedido não deve prosperar. O TCE/PB adotou como modelo de cálculo o sugerido pelo Governo do Estado da Paraíba, e encontra-se lançado no item 12 do termo referencial., não havendo motivo legal para implementar a modificação sugerida. Neste ponto, somos pelo indeferimento.

Pregoeiro.

⁴ <https://pt.scribd.com/doc/58239892/Conceito-de-Matriz-Filiais-Sucursal>.