



PROCESSO DE LICITAÇÃO/CRECI/PR Nº S-6.895/2018.
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 012/2018.

DECISÃO ACERCA DA IMPUGNAÇÃO MOVIMENTADA PELA EMPRESA “OI MÓVEL S/A”.

1. DAS ALEGAÇÕES E DOS PEDIDOS.

1.1. Na sua impugnação, a recorrente arguiu imperfeições no Edital, assinalando os seguintes pontos:

1. *Que é ilegal a exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em Lei;*
2. *Considerações acerca da diferença conceitual entre Administração e Administração Pública e que a contingência da empresa estar suspensa temporariamente de participar de licitação ou impedida de contratar com a Administração, envolve apenas sanção adstrita ao órgão que a aplicou;*
3. *Ilegalidade da previsão de se reter pagamento por serviços prestados, no caso de não ser mantida a regularidade fiscal;*
4. *Da garantia em favor da contratada no caso de inadimplência do contratante. Argumenta nesse tópico que se deve aplicar a teoria dos princípios gerais dos contratos e as disposições do direito privado;*
5. *Irrazoabilidade do valor exigido para garantia da execução dos serviços e pretensão de alargamento do prazo para formalizá-la;*
6. *Reajuste dos preços e das tarifas;*
7. *Sistema de detecção de defeitos. Diz a impugnante, aqui, que “a exigência de proatividade para reparos se torna excessiva porque foge do escopo da tecnologia, além de não ser uma prática de mercado”;*
8. *Exigência de fatura em papel e em arquivo eletrônico. Alega extrema dificuldade para cumprimento.*

1.2. Finaliza requerendo o acolhimento da impugnação, a fim de que se promovam as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, com a consequente suspensão da data de realização do certame e sua republicação.



2. DAS PRELIMINARES.

2.1. Do instrumento interposto.

2.1.1 Trata-se de instrumento impugnatório apresentado pela OI MÓVEL S/A em duas petições distintas, censurando algumas das cláusulas do Edital e do Contrato referente ao Pregão Eletrônico nº 012/2018–CRECI/PR.

2.2. DA TEMPESTIVIDADE.

2.2.1. O art. 18 do Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão na sua forma eletrônica, dispõe que até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão.

2.2.2. Por conseguinte, considerando que a data final de entrega das propostas foi fixada para o dia 02 de agosto de 2018, a data limite para impugnação era até 30 de julho de 2018, quando a impugnação foi recebida, via *e-mail*.

2.2.2.1. Logo, tem-se que a impugnação é tempestiva e também está devidamente motivada. Assim, conhece-se do instrumento impugnatório e passa à análise de suas alegações.

2.2.2.2. Ademais, compete ao pregoeiro responder e decidir, motivadamente, sobre a impugnação.¹

3. DA ANÁLISE DO MÉRITO.

3.1. O Pregão Eletrônico nº 012/2018, tem como objeto a contratação de Serviço Telefônico Móvel Pessoal (SMP), com fornecimento de Equipamentos e outros acessórios, a ser executado de forma contínua, conforme as especificações e condições do Edital e seus anexos.

3.2. Pois bem. Na primeira alegação (item 1 – Exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em Lei) a irresignação é contra as exigências contidas nos itens 8.2, letras “e” e “f” do Edital, com relação à consulta aos Cadastros do SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores), CEIS (*Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas*) e CNIA (*Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa*), os quais serão verificados pelo Pregoeiro quanto a eventuais descumprimentos das condições de participação.

3.2.1. A impugnação observa que “*Da leitura do dispositivo em comento, tem-se a impressão de que uma vez consultado o referido cadastro, na*

¹ Lei 5.450/2005. Art. 18, § 1º: “*Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas*”



hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa com uma penalidade supostamente existente, impedida de participar do certame”.

3.2.2. Sustenta mais que não se pode admitir este tipo de entendimento extensivo, trazendo como exemplo a penalidade prevista no art. 87, inciso III da Lei 8.666/93, em caso de inexecução total ou parcial do contrato em que a suspensão se dá no âmbito da Administração. Pondera a respeito dos conceitos de Administração e Administração Pública nos termos da citada Legislação de regência. Conclui por requerer a exclusão ou a adequação dos itens em referência.

3.3. Ao contrário do que alega a impugnante, não há qualquer ilegalidade nas exigências contidas nos referidos itens, exceto quanto à letra “g” (*certidão negativa de não estar em processo de falência e/ou recuperação judicial*), da qual ocupar-se-á mais adiante. Vejamos o que está ali escrito, entre o que mais interessa ao deslinde da impugnação:

“8. DA HABILITAÇÃO.

8.1. *Para habilitação neste Pregão Eletrônico, a licitante deverá possuir registro cadastral no SICAF, que será confirmado por meio de consulta, durante a sessão.*

8.2. *Os seguintes documentos de habilitação serão avaliados:*

a) (...);

8.3. *Ainda para fins de habilitação, serão avaliados os seguintes documentos complementares:*

a) (...);

e) *Regularidade junto ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), mantido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por meio de consulta ao site www.cpj.jus.br (Acórdão nº 1.793/2011 – Plenário – Tribunal de Contas da União);*

f) *Comprovação de situação compatível com o subitem 2.2, “a” e “b”, deste Edital, junto ao SICAF e no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), este último disponível mediante simples consulta no endereço eletrônico www.portaldatransparencia.gov.br/ceis/Consulta.seam.*

g) (...);

h) *Certidão de Registro de Regularidade da PESSOA JURÍDICA, expedido pelo Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA) do Estado em que possui registro;*

i) *Comprovação de estar autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, para executar o objeto conforme normas daquela Agência. Para tal comprovação poderá ser apresentado o Contrato de Concessão ou o Termo de Autorização, ou ainda, a critério da licitante, somente a publicação do seu extrato no Diário Oficial da União;*

j) (...)



3.3.1. Com a devida vênia, no particular a impugnante atua com manifesto equívoco. O Edital não afirma que eventual inscrição ou qualquer penalidade inscrita nos referidos cadastros impedirá a participação no certame.

O que a cláusula editalícia diz é que eventual inscrição em tais cadastros, “*será avaliada*”, e depois disso o Pregoeiro verificará se o fato é ou não impeditivo, especialmente quanto à existência de sanção que proíba a participação no certame ou a futura contratação.

2.3.2. Destarte, o que o Edital está expressando é que a sanção será analisada pelo Pregoeiro no caso concreto (caso a caso). Entretanto, não significa que toda e qualquer sanção impedirá a interessada de participar da licitação.

3.3.3. Importante ressaltar que a previsão de consulta aos cadastros – CEIS, CNJ e SICAF, na fase de habilitação, se dá em cumprimento à recomendação do TCU, lançada no Acórdão nº 1.793/2011/Plenário, e trata-se de verificação da própria condição de participação no certame. Logo, nessa situação específica, não assiste razão à recorrente.

3.4. A impugnante também considera inadmissível que uma penalidade aplicada por determinado Órgão seja fonte de impedimento para a licitação realizada por outro.

3.4.1. Logo, pede correção no item que estipula impedimento de participação de empresas suspensas de licitar com a Administração Pública em Geral.

Inicialmente, é dever deixar claro que, em matéria de sanção aplicada à empresa-licitante e inserida no SICAF, quando se trata de penalidade de impedimento de licitar, ela vem acompanhada de dois requisitos importantes: (i) a informação sobre o âmbito da sanção e o (ii) prazo pelo qual a mesma vigorará. Ou seja, ao consultar a situação do fornecedor no SICAF, se a empresa estiver suspensa ou impedida de licitar, o próprio sistema informa a extensão subjetiva e temporal da penalidade.

3.4.2. Caso o impedimento seja contra Órgão diverso, apesar de ser sério indício de conduta reprovável do fornecedor, **isso nada implicará com relação à licitação conduzida pelo CRECI/PR.**

Se a penalidade aplicada for contra a Administração Pública, o CRECI/PR, como integrante dessa Administração Pública – **ainda que indireta**, não admitirá o prosseguimento da empresa no certame.



Frise-se que o impedimento de licitar com a Administração Pública só é infligido à empresa que praticar conduta seriamente lesiva e após o devido processo legal.

3.4.3. Nessa toada, seria incongruente e fora da razoabilidade a intenção da impugnante que, mesmo declarada impedida de licitar com a Administração Pública, as empresas interessadas fossem admitidas no certame, como se nada as desabonassem.

Em Pregão Eletrônico próprio, o TCU também recebeu protocolo de impugnação da mesma “OI” e, nesse tópico, assim respondeu:

“1. Sobre a Exigência de consulta a determinados cadastros não previstos em lei

Alega, em síntese, que a forma como o item 30.3 do Edital está disposto, leva-se a crer que, uma vez consultado o referido cadastro (CEIS), e havendo ali inscrita qualquer tipo de penalidade, tornará a empresa impedida de licitar, sem juízo de valor da sanção imposta. Por este motivo requer a exclusão ou adequação do item.

Resposta: Solicitação indeferida. O Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) é um banco de informações mantido pela Controladoria-Geral da União (CGU) que tem como objetivo consolidar a relação das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções das quais decorra como efeito restrição ao direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública. A Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) trouxe a obrigatoriedade dos entes públicos, de todos os Poderes e Esferas de Governo, manterem este cadastro atualizado. Para atender a esta exigência, a CGU desenvolveu o Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP, que é alimentado diretamente pelos entes e é a fonte de dados publicados no CEIS. Além do âmbito legal da exigência, ela encontra amparo nos acórdãos nº 1793/2011 e 2218/2011 – TCU – Plenário.

Neste sentido, a verificação realizada pelo Pregoeiro, será feita levando-se em consideração os entendimentos doutrinários e jurisprudências do tema, dentro dos limites impostos pela legislação.²

Portanto, nessa hipótese, o Edital deve ser mantido na forma em que está redigido, salvo as exceções previstas no final desta decisão que, *de ofício*, o corrige em outros pontos conexos.

Por consequência, indefere-se o pedido, com os esclarecimentos aqui postos que serão integrados no novo Edital.

² TC: 024.123/2015-3

Interessado: Semit

Assunto: Resposta à impugnação da empresa Oi S.A. ao edital do Pregão Eletrônico nº 001/2016.



4. DA RETENÇÃO DE PAGAMENTO EM FACE DE EVENTUAL IRREGULARIDADE FISCAL.

4.1. Quanto à alegação de ilegalidade da retenção de valores por serviços já prestados, por falta de regularidade fiscal, não houve leitura atenta da impugnante quanto ao contido na CLÁUSULA SEGUNDA, § 2º, da minuta do contrato, que dispõe:

“Qualquer irregularidade no documento fiscal, ou nos documentos que devem seguir em anexo, que comprometa a liquidação da obrigação, obrigará a apresentação de novo documento e nova contagem de prazo para pagamento. Neste sentido, a ausência de comprovação exigida na alínea “c” do parágrafo anterior não dará origem à retenção de pagamento, mas sim a comunicação ao órgão competente da existência de crédito em favor da CONTRATADA, para que este tome as medidas adequadas, sem prejuízo da rescisão deste instrumento por imperativo do art. 55, XIII, combinado com o art. 78, I, ambos da Lei 8.666/93”. (Destacou-se).

4.2. Vê-se, então, que nessa segunda hipótese (irregularidade fiscal), o Edital cumpre exatamente a recomendação do TCU que dispõe sobre a necessidade de inclusão nos Editais e Contratos de execução continuada, como é o caso, de cláusula que preveja a obrigação da licitante vencedora manter, durante o vigor do contrato, todas as condições exigidas para a habilitação.

Por via de consequência, a queixa da impugnante é improcedente, eis que o Edital não prevê retenção de pagamento por conta de irregularidade fiscal. De modo que o recurso é deficiente nessa parte.

4.3. Entretanto, nesse ponto, a redação do Edital será refeita para atender com maior clareza a indicação do TCU.

4.4. De outro vértice, matéria paralela e conexas já foi enfrentada pelo TCU, que entendeu ser regular a retenção de valores, por parte da Administração, para quitar eventual descumprimento de obrigações trabalhistas, na hipótese em que a Administração pode ser responsabilizada por tais pagamentos, não sendo caso de sanção, mas constituindo-se em medida preventiva e acautelatória:

“(…)

Como a unidade técnica demonstrou, as jurisprudências desta Corte de Contas e do STJ consideram legal a retenção parcial de valores devidos à prestadora de serviços continuados, para fazer frente ao descumprimento



de obrigações trabalhistas (Acórdão 3301/2015 – Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, e REsp 1241862/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques).³

Nessa toada, *de ofício*, determina-se que no novo Edital seja prevista tal cláusula.

5. GARANTIA EM FAVOR DA CONTRATADA NO CASO DE INADIMPLÊNCIA DO CONTRATANTE (CRECI/PR).

5.1. Relativamente a essa objeção (Garantia à contratada em caso de inadimplência do contratante), fundamentada no artigo 54 da Lei 8.666/1993, alega a recorrente que “eventual descumprimento da obrigação de pagamento deverá gerar as devidas consequências, aplicando-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

Sustenta então a “OI” que, sob pena de desequilíbrio contratual, no caso de mora, o contratante deverá pagar multa de 2% sobre o valor da fatura e mais 1%/ de juros ao mês, além da correção monetária pelo IGP-DI.

5.1.1. É certo que, no caso, a Lei 8.666/1993 prevê, em seu art. 40, XIV, “c” e “d”, que os editais de licitação deverão indicar “o critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento”, e as “compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamento”.

5.1.2. No entanto, na hipótese retratada, não se vislumbra a omissão reclamada. Convém transcrever, a título de exemplo, o que prevê o § 6º da Cláusula Segunda da Minuta do Contrato:

“Desde que a CONTRATADA não tenha concorrido de alguma forma, o eventual e imotivado não pagamento por parte do CRECI-PR, ensejará encargos moratórios, entre a data de vencimento e a do dia do efetivo pagamento do Documento Fiscal, que serão calculados por meio da aplicação da seguinte fórmula:

EM = I x N x VP, onde: EM = Encargos moratórios devidos; N = Números de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento; I = Índice de compensação financeira = 0,00016438, assim apurado: $i/3651 = (6/100) / 3651 = 0,00016438$; onde i = taxa percentual anual no valor de 6%”.

³ GRUPO II – CLASSE VII – Plenário – TC 019.725/2017.



5.1.3. No mesmo Pregão Eletrônico antes citado (Pregão Eletrônico nº 001/2016), o TCU respondeu impugnação da “OI”, nesse igual sentido, quando assim se pronunciou:

“Garantias à Contratada em caso de inadimplência da Contratante

Alega a Impugnante que não existe previsão no instrumento convocatório de como ocorrerá o pagamento, no caso de atraso de pagamento pela Contratante (Administração). Neste sentido, alega que a previsão em caso de descumprimento da obrigação de pagamento deve ser feita de acordo com os artigos 54 e 66 da lei de licitações. Alega também, que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem ser previstos à razão de 2% sobre o valor da fatura e 1% ao mês, com correção monetárias operada com base no IGP-DI.

Resposta: *A empresa requer, ainda, alteração da minuta do edital para incluir a previsão de multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura no mês de atraso; juros de mora de 1% (um por cento) a.m.; e correção monetária pelo IGP-DI, na hipótese de atrasos em pagamentos de responsabilidade da Administração. A esse respeito informamos que o Edital está de acordo com o que estabelece os normativos vigentes do MPOG, que define as regras, nesse caso, para a Administração. Por esse motivo, afastamos a aplicação de multa como pretendida pela impugnante”.*

5.1.4. Assim, não há omissão nem tampouco disposição em contrário no Edital/Contrato, não sendo devida a multa pretendida. Todavia, para resguardar interesses recíprocos e afastar hipotéticas dúvidas, estabelece-se que a compensação financeira no caso de eventual atraso de pagamento por parte da Administração, objeto do questionamento ora apreciado, observará, necessariamente, a cláusula abaixo, podendo ser descrita a fórmula dessa correção:

“No caso de atraso de pagamento, desde que a CONTRATADA não tenha concorrido de alguma forma para tanto, serão devidos pelo CONTRATANTE encargos moratórios pelo índice de remuneração da poupança, em regime de juros simples, e mais correção monetária pelo IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial).⁴

6. DA GARANTIA DE EXECUÇÃO.

6.1. A impugnante insurge-se quanto à exigência de apresentação de garantia para **execução dos serviços** de 5% (cinco por cento) do valor do contrato, em 10 dias úteis após sua assinatura. Argui, aqui, que o prazo é exíguo e invoca em seu favor os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para requerer a apresentação da garantia no prazo de 60 dias e no valor de 1% (um por cento).

⁴ Analogia ao art. 1º-F, da Lei nº 98.494/1997, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009 e nos termos do que foi decidido pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 870947, com repercussão geral.



6.2. Importante registrar que a exigência mencionada não é desarrazoada nem desproporcional ao objeto licitado e está em conformidade, por aplicação analógica, ao disposto na IN SLTI 02/2008, senão vejamos:

“Art. 19

(...)

XIX - exigência de garantia de execução do contrato, nos moldes do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, com validade durante a execução do contrato e 3 (três) meses após o término da vigência contratual, devendo ser renovada a cada prorrogação, observados ainda os seguintes requisitos:

a) a contratada deverá apresentar, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do órgão contratante, contado da assinatura do contrato, comprovante de prestação de garantia, podendo optar por caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro garantia ou fiança bancária, sendo que, nos casos de contratação de serviços continuados de dedicação exclusiva de mão de obra, o valor da garantia deverá corresponder a cinco por cento do valor total do contrato; (Incluído pela Instrução Normativa nº 6, de 23 de dezembro de 2013).

6.3. Ademais, a licitação está estimada em R\$ 136.251,84, em contratação a ser firmada ao longo de 24 meses. Resulta, destarte, em garantia na ordem de R\$ 6.812,59, portanto, mais que razoável para o prazo estabelecido.

6.4. Também aqui, pede-se licença para se reportar ao que respondeu o TCU, em situação igual:

“Valor da garantia.

Alega a Impugnante, que o item 01 da Clausula Sexta da Minuta do contrato não é razoável já que estipula o percentual máximo definido no artigo 56 da Lei 8.666/1993, que é de 5% do valor total do contrato, razão pela qual requer a modificação do item em questão para que a garantia não corresponda ao limite máximo de 5%.

Resposta: O estabelecimento da garantia no percentual de 5% definido no item 1 da Cláusula Sexta do edital, está plenamente de acordo com o art. 56, §2º, da Lei 8.666/93. Não resta portanto que se realize alterações ao edital.(TCU, Pregão Eletrônico nº 001/2016).

6.4.1. Inclusive, acerca do assunto o TCU editou Súmula:

"SÚMULA Nº 275/2012

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços."



5.1.5. Como se verifica, o percentual e a forma de garantia constituem-se de opções facultadas por lei é um ato discricionário da Administração, não se verificando qualquer ilegalidade na preferência de se exigir a garantia de 5% do valor do contrato. O que é vedado é a exigência de forma cumulativa, do capital mínimo mais patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado.

No caso o CRECI/PR exigiu somente essa última (garantia), no percentual e no prazo legalmente permitidos.

Logo, nada há para ser deferido ou alterado nesse tópico, mantendo-se hígida a redação original contida no Edital.

7. DO REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS.

7.1. Quanto ao item 5 da impugnação - reajuste nos preços das tarifas, informa a recorrente que as operadoras de serviços telefônicos submetem-se às disposições editadas pela ANATEL, a qual determina, no inciso VII do art. 19 da Lei n.º 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), que compete à Agência *“controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei, bem como homologar reajustes”*

7.2. Alega, ainda, que *“Os serviços telefônicos podem ser remunerados por meio da cobrança de tarifas ou de preços. A remuneração acontecerá pela cobrança de tarifas quando o serviço telefônico for prestado em regime público, por meio de Concessão. Por sua vez, a cobrança pelos serviços de telecomunicações prestados em regime privado acontecerá por meio de preços”*.

Salienta ainda a impugnação *“(…) que considerando o objeto do edital tratar-se de SMP, e sua remuneração é feita por preços e não tarifas, torna-se imperioso que o índice de reajuste dos preços relativos a sua prestação de serviço, seja o IGP-DI”*.

7.3. A solicitação procede, em parte. Na verdade, na hipótese dos autos, o índice definido pela Anatel para reajuste dos serviços de telecomunicações é o IST, previsto na Resolução n.º 420, de 25 de novembro de 2005, revisada pela Resolução n.º 532 de 03/08/2009.

7.4. Na espécie, realmente o Edital não contemplou essa possibilidade legal. Desta forma, é justo prever tal reajuste de preços. Portanto, assiste parcial razão à recorrente.



POSTO ISSO, no particular, decide-se por adotar a seguinte cláusula:

“CLÁUSULA (...) – DO REAJUSTE

1. Será permitido o reajuste deste contrato, desde que observado o interregno mínimo de um ano, a contar da data limite para a apresentação da proposta, ou da data do último reajuste.
2. A quantificação dos valores a serem reajustados deve estar apoiada, necessariamente, em índice de reajuste de serviços de telecomunicação (IST) ou na forma estabelecida pela Anatel.
3. Caberá à CONTRATADA a iniciativa, o encargo dos cálculos e a apresentação do PLANO BÁSICO (ou ALTERNATIVO) DE SERVIÇOS e demais tabelas, aprovados pela Anatel.
4. Os efeitos financeiros do pedido de reajuste serão devidos a contar da data da alteração do índice de reajuste de serviços de telecomunicações – IST.

8. DO SISTEMA DE DETECÇÃO DE DEFEITOS.

8.1. Em petição apartada, a OI MÓVEL S/A, insurge-se contra o item V, alínea “a” do Termo de Referência que dispõe no sentido de que “*a licitante contratada deverá dispor de sistema de supervisão, atuando preventivamente na detecção de defeitos*”.

8.2. Alega aqui que “*a exigência de proatividade para reparos para mobilidade se torna excessiva porque foge do escopo da tecnologia, além de não ser uma prática de mercado*”.

8.3. No caso, tem razão a impugnante. De modo que após consulta à área técnica (Coordenadoria de TI), parece razoável acatar o pedido referente à exclusão da cláusula que exige detecção proativa de defeitos já que há previsão de canal alternativo de resolução dos problemas, como é o caso de telefone gratuito (tipo 0800), que funcionará ininterruptamente para esse fim.

9. FORMA DE APRESENTAÇÃO DA FATURA.

9.1. Quanto a esse último item - do pagamento via nota fiscal com código de barras, alega a impugnante que a exigência de apresentação da fatura impressa e em mídia digital é considerada desnecessária e traz graves complicações à empresa vencedora.



9.2. Este ponto pode ser adequado no Edital sem maiores problemas. Fica definido, conseqüentemente, que a fatura poderá ser apresentada em qualquer meio (sistema web, mídia gravada, arquivo XLS, em papel com código de barras, etc.) desde que nela conste o detalhamento das ligações efetuadas no mês a que a mesma se refere, obedecidos os demais requisitos já previstos no Edital.

9.3. Quanto à forma de pagamento, pode-se esclarecer que atualmente as operadoras adotam um sistema de faturamento e cobrança moderno, conhecido e aprovado pela ANATEL, baseado em código de barras.

9.4. Não há razão para impedir os pagamentos mediante código de barras, portanto, embora não arguido esse pormenor, tal modalidade será permitida. Ademais, essa forma de pagamento não gera ônus financeiro, tampouco desajustes temporais, de tal forma que não se configura hipótese de alteração das propostas.

Assim, a nova cláusula que trata do assunto terá a seguinte redação:

“O pagamento poderá ser realizado por meio de ordem bancária, creditada na conta corrente da Contratada, ou por meio de fatura com utilização do código de barras.”

10. PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

10.1. **Não houve impugnação acerca do assunto.** Não obstante a “OI”, se declare em recuperação judicial e o Edital estar exigindo certidão negativa que ateste o contrário, estranhamente nada foi alegado por ela para contrariar o ato convocatório nesse ponto.

10.2. Entretanto, como o assunto é de ordem pública, *de ofício*, louvando-se na jurisprudência do egrégio TCU e também do colendo STJ,⁵

⁵ **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 309.867 - ES (20130064947-3) – DJe: 08/08/2018.**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.



que concluem com segurança que a Administração não pode vedar sumariamente a participação de empresas em recuperação judicial nos certames, o CRECI/PR, por seu Pregoeiro, decide em alterar o Edital nesse ponto.

10.3. É certo, por outro lado, que essas empresas não poderão apresentar certidão negativa de que não estão nessa situação. Mas, nessa hipótese, a jurisprudência dos Tribunais de Contas tem se posicionado no sentido de que a Administração deve exigir a apresentação de documento emitido pelo juízo da

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).
2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.
3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).
4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.
5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.
6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.
7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.
8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de junho de 2018 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



recuperação judicial que comprove que o licitante possui aptidão econômica e financeira para a execução do objeto da licitação.

10.4. Nesse sentido, vale a pena conferir a seguinte determinação exarada pelo Tribunal de Contas da União (TCU): “1.5.1. *dar ciência à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que, em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93*”.⁶

10.5. Todavia, a fim de não gerar dúvidas ou criar embaraços na habilitação, deve ficar ressalvado no Edital que para demonstrar sua viabilidade econômica, a empresa em recuperação deve comprovar por certidão que **já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente**, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005.

11. CONCLUSÃO.

11.1 Diante de todo o exposto, ouvida a Procuradoria Jurídica que também subscreve esta decisão, julgo parcialmente procedente a impugnação movimentada pela empresa “OI MÓVEL S.A.”, com a consequente e necessária revogação do Pregão Eletrônico nº 012/2018/CRECI/PR para que sejam efetuadas as devidas alterações no instrumento convocatório e em seus anexos.

Após a adoção de tais medidas, será providenciada a republicação do certame a fim de viabilizar uma contratação que melhor atenda ao interesse público.

Curitiba, 22 de outubro de 2018.

(Assinado no original)

MARCELO MIRANDA
Pregoeiro – Portaria 02/2018

(Assinado no original)

Antonio Linares Filho
Procurador Jurídico – OAB/PR 15427

⁶ TCU. Acórdão 8.271/11. Órgão julgador: Segunda Câmara. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Data da Sessão: 27/09/11.