



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
NÚCLEO DE LICITAÇÕES

RELATÓRIO

Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2023.

Referência: E-20/001.007548/2021

À STIC

O presente processo visa à **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADO DE CONECTIVIDADE PARA ACESSO AO DATA CENTER E À INTERNET, UTILIZANDO LINKS SIMÉTRICOS COM SERVIÇO SD-WAN (SOFTWARE-DEFINED NETWORKING IN A WIDE AREA NETWORK), LINK DEDICADO DE ACESSO À INTERNET E LINKS ASSIMÉTRICOS DE ACESSO À INTERNET.**

Conforme documento (1244230), o Pregão Eletrônico N° **025/23** com sessão marcada inicialmente para o dia 23/08/2023, às 14:02h, foi **SUSPENSO SINE DIE**, para análise dos **Pedidos de Esclarecimento e Impugnação**, apresentados conforme abaixo:

PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO

Para fins de melhor visualização dos pedidos de esclarecimentos recebidos, bem como as respostas apresentada, elaboramos planilha demonstrativa contendo as referências no SEI com cada pergunta e resposta, sinalizamos ainda os pedidos de esclarecimentos que foram aceitos pelo demandante e que geraram a necessidade de alteração do edital, conforme abaixo:

CONTROLE DE ESCLARECIMENTOS							
PE 025/23 E-20/001.007548/2021	LINK DE DADOS						
DATA DO PREGÃO (prevista): 23/08/2023, 14:00H							
Nº	Empresa	Doc. SEI	Quantidade de perguntas	nº da pergunta no ofício	Acatado/gerou modificação no TR	Resposta	DOC. SEI
1	BRFIBRA TELECOMUNICAÇÕES LTDA	1237153	2	1	Sim	CORED	1237476
				2	Não	CORED	
2	MOBWIRE	1240381	4	3	Não se aplica	CORED	1241282
				4	Não se aplica	CORED	
				5	Não se aplica	CORED	
				6	Sim	CORED	
3	ALTAREDE	1242455	1	7	Não	NULIC	1242455
				8	Sim	CORED	

4	ALTAREDE	1242457	4	9	Não se aplica	CORED	1252438
				10	Sim	CORED	
				11	Não	NULIC	1268937
				12	Sim	CORED	
5	OI	1242459 1242631	13	13	Não	CORED	1252438
				14.1	Não se aplica	CORED	
				14.2	Sim	CORED	
				15	Não se aplica	CORED	
				16	Sim	CORED	
				17	Não	CORED	
				18	Sim	CORED	
				19	Não	CORED	
				20	Não	CORED	
				21	Não	CORED	
				22	Sim	CORED	
				23	Sim	CORED	
				24.1	Não	CORED	
				24.2	Não se aplica	CORED	
				24.3	Sim	CORED	
				24.4	Sim	CORED	
24.5	Não se aplica	CORED					
6	WCS CONECTOLOGIA	1242832	1	25	Não	NULIC	1268937
7	TELEFONICA	1242834	1	26.1	Não	NULIC	1268937
				26.2	Não	NULIC	
				26.3	Não	NULIC	
8	K2 TELECOM	1242938	1	27	Não se aplica	CORED	1252438
9	ALTAREDE	1243221	5	28	Não	NULIC	1268937
				29	Não	CORED	1252438
				30	Não	NULIC	1268937
				31	Não	NULIC	
				32.1	Não se aplica	CORED	1252438
				32.2	Não	CORED	
				32.3	Não	CORED	
				32.4	Não	CORED	
				32.5	Não	CORED	
				32.6	Não	CORED	
				32.7	Não	CORED	
32.8	Não	CORED					
32.9	Não se aplica	CORED					

IMPUGNAÇÃO

No que tange à análise da **Impugnação** (1242632), este NULIC passa a expor breve síntese das alegações apresentadas pela impugnante, assim como traz o entendimento da Comissão de Pregão, no objetivo de auxiliar na pretensa decisão, da seguinte forma:

1. DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA

A Impugnante requer a alternatividade concedida pelas leis, para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira, de modo a evitar que tal exigência se traduza em instrumento de limitação à isonomia e à competitividade no certame, requer-se a modificação dos itens em comento, nos termos da fundamentação, para que seja possibilitada a comprovação desse requisito através do

capital social de forma alternativa, além das demais hipóteses, tal como disposto nas leis aplicáveis.

MANIFESTAÇÃO NULIC: Como sinalizado pela impugnante, a Administração poderá em seu instrumento convocatório, estabelecer a exigência de capital mínimo *ou* de patrimônio líquido mínimo para fins de comprovação de qualificação econômica financeira. Não de forma despreziosa, o legislador possibilita a alternativa entre cada critério. Ainda, referindo a impugnação da sociedade empresária, traz o conceito de ambas comprovações:

Já o capital social, do ponto de vista contábil, é parte do patrimônio líquido. Ele representa valores recebidos pela empresa dos sócios, ou por ela gerados e que foram formalmente incorporados ao Capital.

O patrimônio líquido é variável de acordo com o exercício da atividade da empresa. Já o capital social só poderá ser alterado mediante deliberação dos sócios, isto é, independe do exercício da atividade da empresa.

Notadamente, a Administração, diga-se, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, estabeleceu o patrimônio líquido para como forma de comprovação, considerando a sua composição, que retrata de forma de clara e atual a saúde financeira do licitante convocado para apresentar a documentação.

A comprovação da qualificação econômica financeira da licitante se prestar a resguardar a Administração de futuros eventos prejudiciais ao interesse público ao adjudicar objeto à contratada que não possua boa saúde financeira. Nesse ponto a lei abriu possibilidades de análise pela Administração da extensão dessa exigência de acordo com o objeto licitado.

A licitação em tela, além de possuir um significativo vulto financeiro, se mostra de aspecto fundamental para o regular funcionamento do próprio órgão, tendo sua descontinuidade ou prestação irregular impacto direto no cumprimento da missão da Instituição. Desta forma, se mostraria uma afronta aos próprios princípios que regem a atividade da Administração Pública, que o gestor não se precavesse nesse sentido.

Por fim, vale repisar que o item impugnado espelha o utilizado pela PGE e incontáveis outros órgãos governamentais em seus editais.

Sendo assim, entendemos que a solicitação **não mereça ser acatada.**

2. SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

A licitante alega que não há previsão legal para consultar os sistemas de registro de sanções conforme disposto nos itens 12.2 e 12.2.1 do Edital, conforme transcrito abaixo:

12.2. Uma vez recebidos os documentos, o pregoeiro consultará o Cadastro de Fornecedores do Estado, por meio do SIGA, e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, do Portal Transparência, da Controladoria Geral da União.

12.2.1. Caso o licitante conste em qualquer um dos Cadastros mencionados no item 12.2, com o registro de penalidade que impeça a sua participação em licitação ainda em vigor, não poderá prosseguir no certame, cabendo ao pregoeiro declarar tal condição.

Neste sentido, a licitante requer a exclusão dos itens supracitados, alegando que a exigência de consulta a tal cadastro seria ilegal, desarrazoada e desproporcional.

MANIFESTAÇÃO NULIC: A consulta aos sistemas mencionados não é vedada em lei, tendo a administração o poder-dever de realizar diligências para verificação do atendimento ao Edital, que trata com enorme clareza em seu item 6.2, sobre as penalidades que impedem a participação na licitação. A referente consulta é prática consolidada em todas as esferas da Administração, sendo elemento constante das minutas padrão de editais em todo o Brasil, inclusive das minutas elaboradas e aprovadas pela Procuradoria Geral do Estado e pelos Tribunais de Contas. A consulta não se confunde com o impedimento para participar, que de certo somente se dará nos casos previstos em lei.

Desta forma, com base na Lei nº 8.666/93 e no item 6.2 do Edital de Licitação, sugerimos que a solicitação da Impugnante **não seja acatada**, por entendermos que as as consultas por meio do SIGA, e do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, do Portal Transparência,

da Controladoria Geral da União são utilizadas como ferramenta pelo Pregoeiro, que busca verificar a ocorrência de penalidades, em cumprimento ao Edital, portanto, sugerimos que os itens 12.2 e 12.2.1 do Edital não sejam excluídos.

3. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

A Impugnante solicita alteração da Cláusula Nona, parágrafo sétimo da Minuta Contratual referente ao ressarcimento, fruto do atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, 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.

MANIFESTAÇÃO NULIC: As obrigações existentes no Edital de Licitação não são estabelecidas para guardar relação direta de conformidade com os parâmetros sistêmicos da Contratada, sistemas estes que devem se adaptar ao disposto pela Contratante, notadamente por se tratar da Administração Pública que deve seguir as normativas Estaduais para operações financeiras. Ademais, se assim fosse, como poderia o edital atender a todos os sistemas disponíveis no mercado. No caso em tela, não está a Administração a aderir a um contrato de consumo, muito ao contrário, está o Licitante que se interesse e se disponha a concorrer para assumir contrato de acordo com as regras do Edital publicado, desde que não seja ilegal. Sendo assim, por ausência de Resolução da Anatel que normatize a temática, a DPRJ em seu Edital trata da cobrança de juros e multa em casos de eventuais atrasos no pagamento de acordo com as regras padrão do Estado do Rio de Janeiro e em conformidade com modelo elaborado e aprovado pela Procuradoria Geral do Estado.

Com base neste entendimento, **opinamos no sentido de não ser acatado o que requer a Impugnante.**

4. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

Requer a empresa Oi S.A. a adequação do item 29.9 do Termo de Referência a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

MANIFESTAÇÃO NULIC: Ao que se refere à impugnação acima, não é possível realizar o pagamento parcial da parcela incontroversa, havendo erro na Nota Fiscal/Fatura, a mesma precisa ser alterada, para que assim, de maneira regular, o devido processamento seja realizado.

Ante o exposto, **recomendamos que o requerimento da Impugnante não seja acatado.**

5. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

A licitante solicita a alteração do item 16.10 do Edital para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões).

MANIFESTAÇÃO NULIC: Em obediência ao Art. 55, inciso XIII da Lei 8.666/93 e em conformidade com o exarado na Cláusula Quarta e na Cláusula Décima Oitava da Minuta de Contrato, que tratam da obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, o item 16.19 do Edital apenas operacionaliza e permite que a gestão e fiscalização do contrato verifiquem mensalmente a devida manutenção das condições, portanto, exigir que a contratada envie mensalmente as suas certidões não se trata de ferir os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade, como alega a Impugnante. Portanto, entendemos que o item 16.19 do Edital não deve ser alterado, **sendo negada a solicitação da Impugnante.**

6. RETENÇÃO E GLOSA DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

A empresa traz que o item 16.11 do Edital, prevê hipótese de retenção do pagamento que não encontram previsão legal. Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, a Impugnante requer a modificação dos itens em comento.

MANIFESTAÇÃO NULIC: Reconhecendo em parte as alegações apresentadas pelo Impugnante, recomendamos que o item 16.11 do Edital de Licitação **seja excluído**, haja vista que a redação proposta pode levar a interpretações conflitantes.

Conforme exposto acima, esta é a sugestão desta Comissão de Pregão, **para que a solicitação da Impugnante seja acatada em parte (exclusão do item 16.11 do Edital de Licitação e a manutenção dos demais itens).**

7. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

A Impugnante alega que o item 17.5, alínea “f” do Edital, da Cláusula Décima Terceira, parágrafo oitavo, alínea “e” 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. Nesta ótica, requer a adequação dos itens em comento para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato.

MANIFESTAÇÃO NULIC: Os percentuais de penalidade estão dentro do limite estabelecido em Lei, conforme parecer PGE 11/2019-DAMFA/PG-15 que versa sobre os limites das penalidades e de acordo com o que preceitua o art. 87 do Decreto Estadual nº 3.149/80. Ademais, o edital estabelece a forma de penalização de acordo com o tipo da falta contratual, obedecendo todo um escalonamento de acordo com a gravidade da falta, exatamente como determina o ordenamento legal. Os 20% (vinte por cento) indicados no Edital refletem o máximo, não o que será aplicado a qualquer falha contratual. Por fim, vale lembrar que a jurisprudência e doutrina se direcionam no sentido da aplicação mais firme das penalidades, tendência essa que se reflete no novo limite já apontado pela NLLC, 30% , conforme art. 156 da mesma.

Mais uma vez, vale repisar que o limite utilizado espelha o utilizado pela PGERJ.

Desta forma, **entendemos que a solicitação não deve ser objeto de alteração.**

8. VALOR DA GARANTIA

Os itens 20.1 do Edital, Cláusula Décima da Minuta contratual, item 25.1 do Termo de Referência estipulam que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato, em 10 dias úteis após sua assinatura, prorrogáveis por igual período, a critério da contratante.

Desta feita, defende a Impugnante que a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual, requer a modificação dos itens em comento para que a garantia exigida corresponda ao limite máximo de 3% (três por cento), bem como seja exigida em até 60 (sessenta) dias após a assinatura do contrato.

MANIFESTAÇÃO NULIC: Considerando o vulto da contratação, bem como o alto impacto operacional, e ainda, a clara previsão legal exposta no artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993, entendemos que o percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato exigido na Garantia Contratual não deve ser alterado, bem como, o razoável prazo de 10 dias úteis após assinatura do contrato, estabelecido para sua apresentação.

Tendo em vista o exposto acima, **recomendamos que a solicitação de alteração dos**

itens não seja acatada.

9. DA AUSÊNCIA DA PLANILHA DOS PREÇOS UNITÁRIOS

Impugnante ataca o item 11.1.2 do Edital, assim disposto:

11.1.2. As ofertas dos licitantes não poderão ultrapassar o limite dos preços unitários de cada item, conforme apurados pela DPRJ e consignados na Planilha Estimativa de Quantitativo e Preços Unitários, sob pena de desclassificação da proposta de preços, que exceda o preço estimado para cada item.

É se de destacar que não consta no edital e nem no Termo de Referência a planilha com os preços unitários, desta forma, requer adequação dos itens em comento.

MANIFESTAÇÃO NULIC: Na forma do parágrafo primeiro do Art. 4º da Resolução SEPLAG Nº 429 de 11 de janeiro de 2011, é facultativo constar do edital o preço unitário e/ou total máximo estimado. Neste sentido, este órgão não o divulga previamente, sendo os mesmos informados durante a sessão, caso necessário. A proposta deverá ser apresentada conforme anexo II do edital.

Neste mérito, **sugerimos que não seja acatado no que requer a Licitante.**

10. INCLUSÃO DE CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO NA MINUTA DE CONTRATO ANEXA AO EDITAL

Em linha com as legislações nacionais e internacionais aplicáveis em matéria de combate à corrupção e com os programas de conformidade internos de empresas privadas e entidades públicas, faz-se necessária a inclusão de uma cláusula anticorrupção na Minuta de Contrato. Segue abaixo sugestão de redação:

“CLÁUSULA XXX – DAS DECLARAÇÕES E GARANTIAS ANTICORRUPÇÃO

X.1 Cada Parte declara neste ato que está ciente, conhece e entende os termos da lei anticorrupção brasileira ou de quaisquer outras aplicáveis sobre o objeto do presente Contrato (“Regras Anticorrupção”), comprometendo-se a abster-se de qualquer atividade que constitua uma violação das disposições destas Regras Anticorrupção.

X.2 Cada Parte, por si e, conforme aplicável, por seus administradores, diretores, funcionários e agentes, bem como seus sócios que venham a agir em seu nome, se obriga a conduzir suas práticas comerciais, durante a consecução do presente Contrato, de forma ética e em conformidade com os preceitos legais aplicáveis. Na execução deste Contrato, nem qualquer das Partes, nem qualquer de seus diretores, empregados, agentes ou sócios agindo em seu nome, devem dar, oferecer, pagar, prometer pagar, ou autorizar o pagamento de, direta ou indiretamente, qualquer dinheiro ou qualquer coisa de valor a qualquer autoridade governamental, consultores, representantes, parceiros, ou quaisquer terceiros, com a finalidade de influenciar qualquer ato ou decisão do agente ou do governo, ou para assegurar qualquer vantagem indevida, ou direcionar negócios para, qualquer pessoa, e que violem as Regras Anticorrupção (“Pagamento Proibido”). Um pagamento Proibido não abrange pagamento de despesas razoáveis e de boa-fé, tais como, exemplificativamente, despesas de viagem e hospedagem, que estão diretamente relacionados com a promoção, a explicação, demonstração ou de produtos ou serviços, ou de execução de um contrato com um governo ou suas agências, desde que o pagamento seja permitido pela legislação aplicável.

X.3 Qualquer comprovado descumprimento das Regras Anticorrupção pela Parte infratora, poderá ensejar a rescisão motivada imediata do presente instrumento, independentemente de qualquer notificação, observadas as penalidades previstas neste Contrato.”

MANIFESTAÇÃO NULIC: Entendemos que **merece ser acatada a impugnação**, de modo que sugerimos a inclusão da redação sugerida pela impugnante.

É o relatório.

Diante de todo o exposto, em que se buscou embasar a análise e decisão do Sr.

Secretário, para acatar os seguintes itens da impugnação:

6. RETENÇÃO E GLOSA DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

10. INCLUSÃO DE CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO NA MINUTA DE CONTRATO ANEXA AO EDITAL

Salientamos que os pedidos de esclarecimento serão respondidos por meio do OFÍCIO DPRJ/DCLC/CL 012/2023 (1270300) e disponibilizados por e-mail às empresas solicitantes, no Portal da Transparência da DPRJ e no sistema SIGA.

Havendo tais alterações, o prazo para propositura de propostas será reaberto.

Submeto, pois, o presente processo ao Exmo. Secretário, para, se assim entender cabível, na qualidade de Ordenador de Despesa para decisão final da impugnação, conhecê-la e dar-lhe parcial provimento, autorizando o prosseguimento do certame.

Atenciosamente,

ISABELA DE ALMEIDA PINHEIRO

ADRIANO RIBEIRO BRAGANÇA

NÚCLEO DE LICITAÇÕES

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro



Documento assinado eletronicamente por **ADRIANO RIBEIRO BRAGANÇA, Coordenador de Licitações**, em 19/09/2023, às 17:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **ISABELA DE ALMEIDA PINHEIRO, Analista Processual da Defensoria Pública**, em 19/09/2023, às 17:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.rj.def.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1270304** e o código CRC **AFF76C0F**.

Referência: Processo nº E-20/001.007548/2021

Avenida Marechal Câmara, 314 - Bairro Centro
Rio de Janeiro - RJ - CEP 20020-080
- www.defensoria.rj.def.br



DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
SECRETARIA DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Rio de Janeiro, 19 de setembro de 2023.

Referência: E-20/001.007548/2021

Trata-se de impugnação da licitante OI S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. A Coordenação de Licitações emitiu relatório e opinou sobre o mérito dos pedidos (1270304), encaminhando para esta Secretaria para decisão. Passo à análise.

1. DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA

Inicialmente, a impugnação versa sobre o Item 13.4.7 do Edital do Pregão Eletrônico nº 025/2023 (1228924), que assim dispõe:

13.4.7. Na hipótese de a licitante apresentar resultado menor que 1 (um) para os índices de liquidez ou de apresentar resultado superior a 1 (um) para os índices de endividamento o licitante poderá comprovar ter patrimônio líquido positivo correspondente a 10% (dez por cento) do valor efetivo da contratação.

Segundo o entendimento da Impugnante, seria possível comprovar sua saúde econômico-financeira através de qualquer um dos itens do art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93, isto é: patrimônio líquido, capital social mínimo ou garantia.

Cabe ressaltar que a Impugnante fez idêntico questionamento no Processo E-20/001.001010/2021, que tratou da contratação de serviço de telefonia IP com plataforma de PABX em nuvem e serviço de 0800 para recebimento de ligações gratuitas (local e DDD) e tridígito 129 reservado para as Defensorias Públicas. Naquela oportunidade, o pedido não foi acatado (0964101 e 0967491) e a licitante se sagrou vencedora de um dos lotes e apresentou a referida certidão judicial do juízo falimentar atestando sua saúde financeira para honrar o contrato administrativo, que foi aceita pela Coordenação de Licitações, conforme Despacho 1059339, tendo ocorrido a homologação e a adjudicação normalmente.

Esse posicionamento está em linha com o já decidido pelo TCU, no bojo do Acórdão nº 8.271/2011:

"[...] 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 [...]".

Esta é a mesma inteligência do STJ, que recentemente reconfirmou o que

historicamente vem decidindo (REsp nº 1.826.299, julgado em dezembro de 2022):

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CAMPUS UNIVERSITÁRIO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que se sagrou vencedora em licitação para construção de outra etapa do campus da Universidade Federal de Cariri/CE, mas fora informada, posteriormente, que o referido contrato não seria assinado, em razão da impetrante encontrar-se em recuperação judicial.

II - Ordem concedida, decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal *a quo* em grau recursal, sob o principal fundamento de não caber à Administração, em consonância com o princípio da legalidade, interpretar restritivamente quando assim a lei não dispuser.

III - "Sem negar *prima facie* a participação de empresa em processo de licitação pela exigência e apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), aplica-se a vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva, à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira" (AgInt no REsp n. 1.841.307/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/12/2020).

IV - Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem registrou a presença de situação fática peculiar de que a empresa comprovou possuir capacidade econômico-financeira para honrar o contrato, concedendo a ordem pleiteada.

V - Recurso especial improvido.

Desse modo, tanto a corte de contas quanto a instância judicial entendem que basta a Impugnante seguir o procedimento que ela própria já seguiu em certame anterior para ter a participação e, no caso de vitória, a adjudicação garantidas.

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **INDEFIRO** a impugnação neste ponto, ressaltando a possibilidade de comprovação da capacidade econômico-financeira de empresas em recuperação judicial através de certidão emitida pela instância judicial competente, nos termos dos precedentes supracitados.

2 . SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA A DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

A Impugnante solicita a extinção dos itens 12.2 e 12.2.1 do Edital, assim redigidos:

12.2. Uma vez recebidos os documentos, o pregoeiro consultará o Cadastro de Fornecedores do Estado, por meio do SIGA, e o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, do Portal Transparência, da Controladoria Geral da União.

12.2.1. Caso o licitante conste em qualquer um dos Cadastros mencionados no item 12.2, com o registro de penalidade que impeça a sua participação em licitação ainda em vigor, não poderá prosseguir no certame, cabendo ao pregoeiro declarar tal condição.

A CL apresentou parecer nos seguintes termos (1270304):

A consulta aos sistemas mencionados não é vedada em lei, tendo a administração o poder-dever de realizar diligências para verificação do atendimento ao Edital, que trata com enorme clareza em seu item 6.2, sobre as penalidades que impedem a participação na licitação. A referente consulta é prática consolidada em todas as esferas da Administração, sendo elemento constante das minutas padrão de editais em todo o Brasil, inclusive das minutas elaboradas e aprovadas pela Procuradoria Geral do Estado e pelos Tribunais de Contas. A consulta não se confunde com o impedimento para participar, que de certo somente se dará nos casos previstos em lei.

Desta forma, com base na Lei nº 8.666/93 e no item 6.2 do Edital de Licitação, sugerimos que a solicitação da Impugnante **não seja acatada**, por entendermos que as consultas por meio do SIGA, e do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, do Portal Transparência, da Controladoria Geral da União são utilizadas como ferramenta pelo Pregoeiro, que busca verificar a ocorrência de penalidades, em cumprimento ao Edital, portanto, sugerimos que os itens 12.2 e 12.2.1 do Edital não sejam excluídos.

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **INDEFIRO** a impugnação neste ponto.

3. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

A Impugnante ataca o texto da Cláusula Nona, Parágrafo Sétimo, da Minuta de Contrato, assim disposta:

Os pagamentos eventualmente realizados com atraso, desde que não decorram de ato ou fato atribuível à CONTRATADA, sofrerão a incidência de atualização financeira pelo IPCA e juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, calculado pro rata die, e aqueles pagos em prazo inferior ao estabelecido neste edital serão feitos mediante desconto de 0,5% (meio por cento) ao mês pro rata die.

Alega, em síntese, que a multa deveria ser de 2%, os juros deveriam ser de 1% e o índice utilizado deveria ser o IGP-DI.

A jurisprudência do TCU, inclusive aquela colacionada pela Impugnante, não trata sobre valores mínimos, mas somente veda a não previsão de juros moratórios e proíbe a utilização especificamente da Taxa de Referência - TR como índice de correção monetária. Não há qualquer piso a ser observado. Vale ressaltar que a cláusula vergastada é prevista em dezenas de contratos da Defensoria Pública, inclusive de certames que foram auditados pelo TCE-RJ, sem nunca ter sido afastada. Outrossim, ela se baseia em minuta de contrato administrativo aprovado pela PGE-RJ, disponível para consulta [aqui](#). Apesar de a Instituição não estar adstrita a qualquer diretriz da PGE-RJ, evidentemente, a Procuradoria constitui importante fonte de parâmetros a serem consultados.

Não se pode perder de vista que se trata de contratação pública e que a Administração não está restrita às práticas comuns de mercado. Como bem ressaltado pela CL (1270304), não se trata de contrato de consumo ao qual a Administração Pública adere, pelo contrário, as licitantes que, ao tomarem conhecimento das regras do edital e do contrato, decidem se desejam participar do certame ou não. Em suma, não sendo ilegal a disposição, a Impugnante é que deve se adequar a ela.

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **INDEFIRO** a impugnação neste ponto.

4. PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

A Impugnante requer a modificação do item 29.9 do Edital, que tem a seguinte redação:

29.9 Havendo erro na Nota Fiscal ou circunstância que impeça a liquidação da despesa, aquela será devolvida e o pagamento ficará pendente até que a CONTRATADA providencie as medidas saneadoras. Nesta hipótese, o prazo para o pagamento iniciará-se após a regularização da situação e/ou reapresentação do documento fiscal, não acarretando qualquer ônus para a DPRJ.

Não é possível o pagamento parcial da obrigação ("parcela incontroversa") pela Administração Pública, uma vez que todo pagamento está relacionado diretamente ao serviço presente na nota fiscal respectiva. Para que haja o pagamento, não deve haver qualquer erro na nota fiscal emitida pela contratada; erro este que não necessariamente se encontra no valor ali disposto, mas pode incidir sobre obrigações acessórias, como a recente determinação de indicação da parcela que deve ser retida para fins de imposto sobre a renda, por exemplo. Após a correção da nota fiscal, o pagamento será integralmente realizado.

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **INDEFIRO** a impugnação neste ponto.

5. INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

A Impugnante pretende a alteração do item 16.10 do Edital, que prevê:

16.10. A verificação da manutenção dos critérios de habilitação, como regularidade fiscal e trabalhista, será averiguada no momento do faturamento dos serviços prestados e quando da renovação contratual, se for o caso.

É importante salientar que o edital não prevê a retenção do pagamento no caso de não apresentação de certidões fiscais, o que é vedado por representar enriquecimento sem causa da Administração Pública. A previsão impugnada possui como base o art. 55, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, que determina que a contratada deve comprovar o atendimento aos requisitos de habilitação durante toda a execução do contrato. Veja-se que o STJ entende que é possível tal exigência, desde que não represente causa para a retenção do pagamento (AgRg no AREsp nº 67.265/DF):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SIMPLES REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES VEICULADAS NO RECURSO

ANTERIOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA N. 05/STJ. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO DOS PAGAMENTOS POR IRREGULARIDADES. SÚMULA 83/STJ. INCIDÊNCIA.

I - *In casu*, rever o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de desbloquear a retenção do pagamento como contraprestação, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 05 e 07/STJ.

II - Na hipótese dos autos, verifico que o acórdão recorrido adotou entendimento pacificado nesta Corte no sentido de que, apesar da exigência de regularidade fiscal para a contratação com a Administração Pública, não é possível a retenção de pagamento de serviços já executados em razão do não cumprimento da referida exigência, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração e violação do princípio da legalidade, haja vista que tal providência não se encontra abarcada pelo artigo 87 da Lei 8.666/93.

III - O recurso especial, interposto pela alínea a e/ou pela alínea c, do inciso III, do art. 105, da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência dessa Corte, a teor da Súmula 83/STJ.

IV - A Agravante não apresenta argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, reiterando apenas as alegações veiculadas no recurso anterior.

V - Agravo regimental improvido.

No mesmo sentido foi o parecer da CL (1270304).

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **INDEFIRO** a impugnação neste ponto.

6. RETENÇÃO E GLOSA DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE

A Impugnante pretende ver retirado do Edital o item 16.11, cujo texto é:

16.11. Nenhum pagamento será efetuado à contratada enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência, salvo se já houver retenção cautelar, ou garantia contratual, suficientes para satisfazer o valor da multa e/ou indenização devidas, sem que isso gere direito a reajustamento de preços.

Parecer da CL no seguinte sentido (1270304):

Reconhecendo em parte as alegações apresentadas pelo Impugnante, recomendamos que o item 16.11 do Edital de Licitação seja excluído, haja vista que a redação proposta pode levar a interpretações conflitantes.

Conforme exposto acima, esta é a sugestão desta Comissão de Pregão, **para que a solicitação da Impugnante seja acatada em parte (exclusão do item 16.11 do Edital de Licitação e a manutenção dos demais itens).**

De fato, a previsão do atual item 16.11 deixa transparecer certo caráter de penalidade (apesar de não ser expressamente isso), sendo possível causar divergências interpretativas. As demais previsões não ferem a legalidade, uma vez não tratam de sanção, mas sim de compensação de créditos da contratada com a contratante e vice-versa, após

aplicada penalidade em regular Processo de Apuração de Responsabilidade, com contraditório e ampla defesa. Deixa-se de mencionar as glosas, que constam do título do capítulo, mas não das alegações da Impugnante, além de estarem em conformidade com a legislação vigente.

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **DEFIRO PARCIALMENTE** a impugnação neste ponto, para que seja excluído o item 16.11 do Edital.

7. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

A Impugnante discorda do limite da multa previsto na alínea 'f' do item 17.5 do Edital, com a seguinte redação:

f) deverão observar sempre o limite de 20% (vinte por cento) do valor do contrato, conforme preceitua o art. 87 do Decreto Estadual nº 3.149/80.

O limite de 20% está presente no Decreto Estadual nº 3.149/80 e na Lei Estadual nº 287/79, é amplamente utilizada por todos os Poderes no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, constando até mesmo do *Manual para a Aplicação de Sanções nos casos de Inexecução Parcial ou Total dos Contratos Administrativos da PGE-RJ* (consulta [aqui](#)) e, por consequência, nos modelos de edital ([aqui](#)) e de contrato ([aqui](#)) do mesmo órgão. Atente-se para o fato de que o art. 156, § 3º, da Lei nº 14.133/21, que substituirá por completo a Lei nº 8.666/93 a partir de 31/12/2023, prevê limite máximo de 30%, de maneira que fica evidente que o legislador não entende que o limite previsto no presente certame é excessivo, pelo contrário. Assim, não se trata de nenhuma inovação da Defensoria Pública, que tomou a precaução de prever níveis distintos de sanções de acordo com a gravidade da falta contratual, exatamente em obediência à proporcionalidade exigida pela legislação. Parecer da CL no mesmo sentido (1270304).

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **INDEFIRO** a impugnação neste ponto.

8. VALOR DA GARANTIA

A Impugnante pretende a modificação do item 20.1 do Edital para que a garantia a ser prestada reflita 3% do valor da contratação e seja prestada em até 60 dias. Eis a redação atual:

20.1. A CONTRATADA deverá apresentar garantia contratual em uma das modalidades previstas no Art. 56, §1º, da Lei 8666/93, no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do valor total do Contrato, no prazo de até 10 (dez) dias úteis após a assinatura do Contrato, prorrogáveis por igual período, a critério da DPRJ

Não deve prosperar a impugnação. Na realidade, trata-se de mero pedido, uma vez que sequer a Impugnante aponta suposta contrariedade à lei, já que o art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/93 permite a fixação até o limite de 5%. Ora, está dentro da discricionariedade

administrativa tal análise e, considerando se tratar de serviço vultoso, de caráter imprescindível à Instituição, a Administração entendeu necessária a fixação do parâmetro de 5% para a prestação da garantia, bem como o prazo de 10 dias úteis como suficiente, como bem ressaltou a CL em seu parecer (1270304). Relembre-se que o prazo está em dias úteis, não corridos.

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **INDEFIRO** a impugnação neste ponto.

9. DA AUSÊNCIA DA PLANILHA DOS PREÇOS UNITÁRIOS

Impugnante ataca o item 11.1.2 do Edital, assim disposto:

11.1.2. As ofertas dos licitantes não poderão ultrapassar o limite dos preços unitários de cada item, conforme apurados pela DPRJ e consignados na Planilha Estimativa de Quantitativo e Preços Unitários, sob pena de desclassificação da proposta de preços, que exceda o preço estimado para cada item.

A CL assim se manifestou sobre o pedido (1270304):

Na forma do parágrafo primeiro do Art. 4º da Resolução SEPLAG Nº 429 de 11 de janeiro de 2011, é facultativo constar do edital o preço unitário e/ou total máximo estimado. Neste sentido, este órgão não o divulga previamente, sendo os mesmos informados durante a sessão, caso necessário. A proposta deverá ser apresentada conforme anexo II do edital.

Neste mérito, **sugerimos que não seja acatado no que requer a Licitante.**

Pelos motivos expostos, **ACATO** a sugestão da CL e **INDEFIRO** a impugnação neste ponto.

10. INCLUSÃO DE CLÁUSULA ANTICORRUPÇÃO NA MINUTA DE CONTRATO ANEXA AO EDITAL

Com razão a Impugnante acerca da necessidade de inclusão de previsão anticorrupção na Minuta de Contrato, motivo pelo qual **ACATO** a sugestão da CL e **DEFIRO** a impugnação neste ponto e exorto a DCLC para que analise o texto sugerido pela Impugnante, podendo adotá-lo ou trazer redação alternativa.

Por fim, respondidos os questionamentos e decidida a impugnação, **AUTORIZO O PROSSEGUIMENTO DO CERTAME**, realizando-se as alterações determinadas e comunicando-se os interessados.

RICARDO DE MATTOS

SECRETARIA DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro



Documento assinado eletronicamente por **RICARDO DE MATTOS PEREIRA FILHO**, **Secretário de Tecnologia da Informação e Comunicação**, em 19/09/2023, às 18:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.rj.def.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1270356** e o código CRC **4CB71CAE**.

Referência: Processo nº E-20/001.007548/2021

Avenida Marechal Câmara, 314 - Bairro Centro
Rio de Janeiro - RJ - CEP 20020-080
- www.defensoria.rj.def.br