



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO
Coordenadoria de Licitações e Contratos

PROCESSO nº:	23.199/2022 - PREGÃO ELETRÔNICO nº 66/22
OBJETO:	CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ACESSO MÓVEL À INTERNET 4G/5G.
RECORRENTE:	TELEFONICA BRASIL S.A.

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela empresa TELEFONICA BRASIL S.A. (CNPJ nº 02.558.157/0001-62) em face de sua desclassificação no certame.

A recorrente foi desclassificada em 26/05/23, às 16h26min, com base nos subitens 4.7.8 c/c 9.20.3 tendo em vista que não apresentou declaração de cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação, conforme disposto no art. 93 da Lei 8.213/91.

Aberto o prazo para registro da intenção de recurso a empresa TELEFONICA BRASIL S.A manifestou sua intenção alegando: *"Registramos intenção de recurso contra a inabilitação da empresa Telefônica por entender que cumprimos com todas as exigências do edital, inclusive com relação às declarações solicitadas no edital"*.

A manifestação da intenção de recurso foi aceita em 26.05.2023, às 17h01min, (f. 1.049) sendo fixado como datas limites o seguinte:

REGISTRO DO RECURSO: 31/05/2023
REGISTRO DE CONTRARRAZÕES: 05/06/2023
REGISTRO DE DECISÃO: 12/06/2023

Em 29/05/2023, a recorrente apresentou, tempestivamente, suas razões de recurso, juntada aos autos (fls. 1.050/1.053), alegando, em síntese, que:

"(...)

A Telefônica apresentou a melhor proposta e apresentou todos os documentos de habilitação exigidos no edital. Porém, no dia 09/05/2023, o TRT6 demandou, por e-mail de dlic@trt6.jus.br, assunto "SOLICITA DECLARAÇÃO - PR-E 66/22", a APRESENTAÇÃO DE UMA DECLARAÇÃO QUE NÃO foi EXIGIDA NO EDITAL. (...)

Tendo em vista a manifesta ilegalidade da exigência, a ora recorrente manifestou-se, fundamentadamente, em favor do seu direito público subjetivo à habilitação e de não ser forçada a apresentar declaração carente de previsão expressa na lei ou no edital.

No entanto, verifica-se que a manifestação foi sumariamente desprezada pela Administração, que passou imediatamente ao afastamento da ora recorrente da licitação, sob a alegação de que "não apresentou declaração de cumprimento de reserva de cargos (...) conforme disposto no art. 93 da Lei 8.213/91", mas sem enfrentar os argumentos da manifestação que arguiam a ilegitimidade e a ilegalidade da exigência.

Os fundamentos superficialmente declarados na solicitação de declaração extraordinária e no ato de afastamento/recusa/inabilitação da recorrente são manifestamente equivocados, ofendendo os princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento

convocatório, como já foi detalhadamente demonstrado na manifestação da recorrente, que foi injustificadamente ignorada.

Em primeiro lugar, NÃO É VERDADEIRO que a referida declaração seria "condição para participação no certame, conforme disposto no art. 93 da Lei nº. 8.213/1991, bem como na IN 05/2017, em seu anexo VII-A".

Essa premissa é falsa, pois O ART. 93 DA LEI Nº. 8.213/1991 NÃO DISPÕE SOBRE REGRAS DE LICITAÇÃO e, conseqüentemente, não autoriza a exigência de nenhuma declaração como condição para participação em certames. Por sua vez, os subitens 4 e 4.7 o Anexo VII-A da IN 05/2017 preveem a exigência de "Declaração informando SE os serviços são produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de o prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social (...)", mas NÃO INSEREM TAL DECLARAÇÃO COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO.

E o art. 27 e seguintes Lei 8.666/1993, a que se vinculou o presente ato convocatório, descreve TAXATIVAMENTE os requisitos de habilitação que podem ser exigidos (...)

A mesma Lei 8.666/1993, nos termos da inclusão promovida pela Lei 13.146/2015, prevê a comprovação do cumprimento de reserva de cargos ou como um critério de desempate ou como margem de preferência. A redação dos dispositivos é a mesma do Anexo VII-A da IN 05/2017 e do item 4.7.8 do edital deste pregão (...)

(...) se o edital definisse um critério de desempate que devesse ser obrigatoriamente atendido por todas as licitantes, a norma seria invariavelmente inútil, pois não seria hábil a desfazer o empate, em nenhuma hipótese. Note-se que o subitem 4.1 do mesmo Anexo VII-A da IN 05/2017 prevê "Declaração de Microempresa, Empresa de Pequeno Porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006" E ISTO NÃO SIGNIFICA QUE TODAS AS LICITANTES DEVAM SER MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Trata-se de declaração para mero enquadramento em margens de preferência ou critérios de desempate, exatamente como se dá com o tema da reserva de cargos.

Assim, a FACULDADE de declarar "sim" ou "não" PARA FINS EXCLUSIVOS DE CRITÉRIO DE DESEMPATE DECORRE EXPRESSA E DIRETAMENTE DO TEXTO DOS SUBITENS 7.24 E 7.24.4 DO EDITAL, dos subitens 4, 4.7 do Anexo VII-A da IN 05/2017, e, principalmente, dos §§2º e 5º da Lei 8.666/1993, tendo sido assim reproduzidos no ato convocatório.

Sabe-se que o art. 63, inc. VI, da Lei 14.133/2021 passou a exigir tal declaração de todos os licitantes, mas apenas para os certames que adotarem a Nova Lei de Licitações, sendo vedada a aplicação combinada desta lei com as leis 10.520/2002 e 8.666/1993 (artigos 191 e 193). O presente Pregão Eletrônico nº 66/22 expressamente adotou como base legal as "Leis nºs 10.520/2002 e 8.666/1993", não se aplicando os requisitos de habilitação da nova lei.

Neste sentido, o edital do pregão não exigiu nenhuma declaração referente ao tema, senão na estrita forma dos seus subitens 4.7 e 4.7.8, segundo os quais o licitante deveria assinalar "sim" ou "não", em campo próprio do sistema eletrônico, o que FOI REALIZADO PELA TELEFÔNICA. Tais subitens não demandaram nenhuma declaração adicional.

Com efeito, a inabilitação mediante a criação superveniente de requisito supostamente implícito e formalismo que não decorre diretamente das normas previamente divulgadas no edital, qual seja, a exigência de declaração com forma e conteúdo diferentes dos exigidos no ato convocatório, violou todos os dispositivos acima citados e, conseqüentemente, os princípios legalidade estrita e da vinculação ao instrumento convocatório.

(...) considerando que a Telefônica cumpriu a exigência do edital e assinalou "sim" ou "não" no campo próprio do sistema, relacionado à qualificação ou não para o critério de desempate previsto no edital, a inabilitação por requisito não previsto no próprio edital e sem fundamento legal, culminando no fracasso da licitação, deve ser imediatamente afastada pela autoridade superior competente, sem prejuízo da provocação dos órgãos de controle externo."

Por fim, requer que:

"(...) requer o acolhimento das razões de recurso ora apresentadas para ANULAR O ATO DE SOLICITAÇÃO DE DECLARAÇÃO ADICIONAL ou REFORMAR A DECISÃO PELO SEU FASTAMENTO/RECUSA/INABILITAÇÃO, com sustentação nos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório."

Não houve contrarrazões, uma vez que a recorrente foi a única licitante que teve seu pretense direito lesado por ato que a desclassificou.

É o relatório.

O recurso é o pedido de reexame de uma decisão que, para ter o alcance almejado, deve estar em conformidade com os termos do art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02 c/c o art. 44 do Decreto nº 10.024/19, subsidiariamente pelas Leis 8.666/93 e 9.784/99 e subitem 10.0 do edital.

Ainda, em licitações públicas, o recurso administrativo, é um instrumento que deve ser observado, antes de tudo, como uma oportunidade de controle da regularidade dos atos praticados no certame.

São requisitos de admissibilidade: existência de um ato administrativo de cunho decisório, tempestividade, forma escrita, fundamentação, pedido de nova decisão, legitimidade da parte recorrente, interesse recursal, competência do órgão julgador a quem o recurso foi dirigido e o não exaurimento da decisão final na esfera administrativa devem necessariamente ser observados.

No caso em tela, a manifestação da intenção de recorrer foi apresentada tempestivamente e atende ao disposto art. 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520/2002 e o art. 44, caput, do Decreto 10.024/2019.

Nesses termos, a manifestação deve ser objetiva e sucinta, mas suficiente para que se entenda qual o ato decisório é objeto da intenção de recurso e qual o ponto passível de revisão na ótica do recorrente.

O Recurso reúne, portanto, as condições de admissibilidade.

Pois bem, o edital, nos subitens 4.7, 4.7.8, 7.24 e 7.24.4 dispõe:

4.7 - Como condição para participação no Pregão, o licitante assinalará "sim" ou "não" em campo próprio do sistema eletrônico, relativo às seguintes declarações de que:

(...)

4.7.8 - os serviços são prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação, conforme disposto no art. 93 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991;

7.24 - Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666, de 1993, assegurando-se a preferência, sucessivamente, aos bens produzidos:

(...)

7.24.4 - por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

A Lei 8.666/93 no seu art. 3º, inciso V do § 2º e no inciso II do § 5º e ainda, no art. 66-A dispõe, respectivamente:

Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

§ 2o Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

(...)

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

(...)

§ 5o Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

(...)

II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

(...)

Art. 66-A. As empresas enquadradas no inciso V do § 2o e no inciso II do § 5o do art. 3o desta Lei deverão cumprir, durante todo o período de execução do contrato, a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, bem como as regras de acessibilidade previstas na legislação.

A empresa TELEFONICA BRASIL S.A, cadastrou sua proposta no Portal Compras.gov.br em 14/04/23. Nesse momento, teve que assinalar, em campo próprio do sistema, as declarações ali destacadas por força da legislação vigente, quais sejam, Lei nº. 8.666/93, Dec. nº. 10.520/02 e ainda, por força do regramento do Edital.

A sessão de lances ocorreu em 17/04/2023, com a participação de dois fornecedores, a saber: Claro S/A e Telefônica Brasil S/A. A primeira arrematante foi a Claro S/A, que foi desclassificada pela Unidade Requisitante. A segunda e última arrematante foi a empresa ora recorrente.

A Telefônica Brasil S/A apresentou a proposta e documentos no prazo fixado por esta pregoeira, (f. 696/1.009) e a Secretaria de Tecnologia da Informação – STIC, Unidade Requisitante da contratação, em análise da proposta e documentos, informou à f. 1.011 que:

"Do ponto de vista técnico, informo que a empresa Telefônica Brasil atende às especificações técnicas solicitadas pelo TRT6, referentes ao objeto do Pregão Eletrônico 066/22, conforme proposta de preço enviada em 27/4/2023, constante no documento 60, página 4, PROAD 23199/2022."

Em análise dos autos para fins de homologação foi observada a ausência do cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da previdência Social e que atenderá às regras de acessibilidade prevista nas normas vigentes (doc. 1.029), documento de que trata o subitem 4.7.8 do Edital.

Instada a se pronunciar a Recorrente, enviou documento, f. 1.034/1.036, alegando, em síntese:

Trata-se de solicitação de nova declaração de cumprimento de reserva de cargos para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, sob pena de inabilitação no Pregão 66/23.

Com o devido respeito, os fundamentos declarados no ato administrativo de solicitação estão equivocados, tornando-o excessivo e incompatível com os princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, como será detalhadamente demonstrado.

Sabe-se que o art. 63, inc. VI, da Lei 14.133/2021 passou a exigir tal declaração de todos os licitantes, mas apenas para os certames que adotarem a nova lei de licitações, sendo vedada a aplicação combinada desta lei com as leis 10.520/2002 e 8.666/1993 (artigos 191 e 1931). O presente Pregão Eletrônico nº 66/22 expressamente adotou como base legal as "Leis nºs 10.520/2002 e 8.666/1993", não se aplicando os requisitos de habilitação da nova lei.

Neste sentido, o edital do pregão não exigiu nenhuma declaração referente ao tema, senão na estrita forma dos seus subitens 4.7 e 4.7.82, segundo os quais o licitante deveria assinalar "sim" ou "não", em campo próprio do sistema eletrônico, o que foi realizado pela Telefônica. Tais subitens não demandam nenhuma declaração adicional.

O art. 93 da Lei nº. 8.213/1991 não dispõe sobre regras de licitação e, conseqüentemente, não autoriza por si só a exigência de nenhuma declaração como condição para participação em certames.

Por sua vez, os subitens 4 e 4.7 o Anexo VII-A da IN 05/2017, que estabelece DIRETRIZES GERAIS PARA ELABORAÇÃO DO ATO CONVOCATÓRIO, explicitamente determinam que deva constar a obrigatoriedade de apresentação de "Declaração informando SE os serviços são produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social (...)" e não inserem tal declaração dentre os requisitos de habilitação.

De fato, a IN 05/2017, que é uma norma de natureza infralegal, não poderia violar o princípio da legalidade e não poderia impor condições de participação ou de habilitação que não existem na lei de regência do processo licitatório. E o art. 27 e seguintes Lei 8.666/1993, a que se vinculou o presente ato convocatório, descreve taxativamente os requisitos de habilitação que podem ser exigidos (...).

A mesma Lei 8.666/1993, nos termos da inclusão promovida pela Lei 13.146/2015, prevê a comprovação do cumprimento de reserva de cargos ou como um critério de desempate ou como margem de preferência. A redação dos dispositivos é a mesma do Anexo VII-A da IN 05/2017 e do item 4.7.8 do edital deste pregão (...)

(...)

Por esse exato motivo, o subitem 7.24 do edital, em sintonia com a Lei 8.666/1993 e a IN 02/2017, estabeleceu a condição como um critério de desempate e não de habilitação.

(...)

Afinal, se o edital definisse um critério de desempate que devesse ser obrigatoriamente atendido por todas as licitantes, a norma seria invariavelmente inútil, pois não seria hábil a desfazer o empate, em nenhuma hipótese.

(...)

Com efeito, a inabilitação mediante a exigência de declaração diferente da exigida no ato convocatório, sob ameaça de aplicação de medida distinta da prevista no mesmo, violaria todos os dispositivos acima citados e, conseqüentemente, os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade.

Por todo o exposto, considerando que a Telefônica cumpriu a exigência do edital e assinalou "sim" ou "não" no campo próprio do sistema, não se qualifica para o critério de

desempate, mas tem direito público subjetivo à habilitação nesta licitação e não está obrigada a apresentar declaração adicional na forma exigida no e-mail de V. Sa.

Assim, depois de verificado não atendimento ao disposto no subitem 4.7.8 do edital, a empresa TELEFONICA BRASIL S.A foi desclassificada, restando fracassada a licitação.

De fato, após a análise das razões do recurso interposto pela Recorrente, verificamos que assiste razão à Recorrente. Pois o regramento disposto nos subitens supramencionados se trata de critério de desempate no caso de propostas empatadas após a fase de lances, ou seja, para efeito de participação no certame, havia a obrigação de declarar, mas não de cumprir.

O procedimento licitatório se efetiva mediante atos administrativos pelos quais o Órgão que pretende contratar analisa as propostas efetuadas pelos fornecedores que pretendem ser contratados e escolhe, dentre elas, a mais vantajosa para os cofres públicos.

Em razão disso, uma série de atos administrativos sofre um controle por parte do poder público. Esse controle que a administração exerce sobre os seus atos caracteriza o princípio administrativo da autotutela administrativa. Tal princípio foi firmado legalmente por duas súmulas:

Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal:

"A administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos"

Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

"A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que o tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, rejeitando os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Essas súmulas estabeleceram então que a Administração poderá revogar, por motivo de interesse público, ou anular, em de ilegalidade, seus atos.

Acerca da anulação da licitação, dispõe a Lei no 8.666/93:

"Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito devidamente fundamentado".

Ressalte-se que tal disposição é corroborada pelo disposto no art. 50, do Decreto nº 10.024/2019:

"Art. 50. A autoridade competente para homologar o procedimento licitatório de que trata este Decreto poderá revogá-lo somente em razão do interesse público, por motivo de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a revogação, e deverá anulá-lo por ilegalidade, de ofício ou por provocação de qualquer pessoa, por meio de ato escrito e fundamentado". (grifo nosso)

O ato administrativo quando realizado em discordância com o preceito legal é viciado, defeituoso, devendo assim, ser anulado. Neste caso não há margem para a Administração deliberar sobre o atendimento ao interesse público; a mera quebra de premissa da lei ocasiona o vício, sendo passível de anulação, suscitada de ofício pela autoridade ou por terceiros interessados.

In casu, consoante relatado na fase recursal, a recorrente apresentou a declaração quando assinalou em campo próprio do Sistema Compras.br relativo às declarações elencadas no instrumento convocatório.

É bem verdade que o Art. 93 da Lei nº. 8.213/93 traz uma obrigação, mas diferente da Lei nº. 14.133/21, o arcabouço normativo que ampara o processo licitatório em tela não proíbe a contratação de empresa que não a cumpre. Tal contexto remete ao Ministério do Trabalho e Emprego – MTE a fiscalização do respectivo cumprimento.

Por todas as lições aqui colacionadas, claro está que a Administração Pública não pode se desvincular dos princípios que regem a sua atuação, principalmente no campo das contratações públicas onde se deve buscar sempre o interesse coletivo, obedecendo aos princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal e no art. 3º da lei 8.666/93; devendo, portanto, anular os seus atos ante a existência de vício.

Sendo assim, esta Pregoeira em face do recurso interposto, amparado no princípio da autotutela (súmula 473 do STF) e com base no Art. 4º, XIX da Lei 10.520/02 resolve anular o ato que DESCLASSIFICOU a empresa TELEFONICA BRASIL S.A e cancelou o item da licitação, pelos fundamentos acima expostos.

Recife, 19 de junho 2023.

AURELAIDE DE SOUZA NASCIMENTO MENEZES
Pregoeiro – Portaria TRT-SA nº 047/2023