

Pregão/Concorrência Eletrônica

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Sra. Pregoeira do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA SEXTA REGIAO

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 66/22
Processo TRT6 nº 23.199/2022

TELEFONICA BRASIL S/A, Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-936, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, por seus representantes que abaixo subscrevem, com fundamento no inciso XVIII do artigo 4º, da Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, apresentar suas

Razões de Recurso

em face do ato de "Recusa de proposta" que culminou no afastamento ilegal da recorrente e cancelamento da licitação no julgamento.

I – TEMPESTIVIDADE.

Conforme a ata do pregão, a data limite para registro de recurso é 31/05/2023, sendo tempestiva a presente manifestação.

II – RAZÕES DE ANULAÇÃO OU REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

Trata-se de pregão promovido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região para a "escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de acesso móvel à internet 4G/5G pelo período de 30 meses, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos".

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, nos seguintes termos:

Em análise efetuada nos autos para fins de homologação do certame, a Ordenadoria da Despesa do TRT6 verificou a ausência da declaração de 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.

Ressalto que a referida declaração é 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.

Uma rápida leitura da redação do subitem 4.7 do instrumento convocatório poderá dar uma falsa ideia de faculdade na apresentação da declaração. No entanto, a faculdade se dá apenas na marcação do "Sim" ou "Não" campo próprio do sistema, para informar se está inserida na condição de obrigatoriedade de atender ao dispositivo legal.

Assim, solicito o envio da respectiva declaração, com a maior brevidade possível, sob pena de inabilitação no Pregão 66/23.

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.

A manifestação tinha sustentação nas garantias fundamentais do direito de petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, respectivamente assegurados pelos incisos XXXIV e LV do art. 5º da Constituição da República, demandando, portanto, decisão motivada da autoridade competente.

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 arguem a ilegitimidade e a ilegalidade da exigência.

Para além dos princípios constitucionais, a omissão constitui violação direta do art. 50, caput e parágrafo único, da Lei 9.784/1999, que exigem motivação explícita, clara e congruente dos atos decisórios:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
 - II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
 - III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
 - IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
 - V - decidam recursos administrativos;
 - VI - decorram de reexame de ofício;
 - VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
 - VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
- § 1o A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

A esse respeito, vale citar relevante precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual que a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. PRETENSÃO À TUTELA JURÍDICA QUE ENVOLVE NÃO SÓ O DIREITO DE MANIFESTAÇÃO E DE INFORMAÇÃO, MAS TAMBÉM O DIREITO DE VER SEUS ARGUMENTOS CONTEMPLADOS PELO ÓRGÃO JULGADOR. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O EXERCÍCIO PLENO DO CONTRADITÓRIO NÃO SE LIMITA À GARANTIA DE ALEGAÇÃO OPORTUNA E EFICAZ A RESPEITO DE FATOS, MAS IMPLICA A POSSIBILIDADE DE SER OUVIDO TAMBÉM EM MATÉRIA JURÍDICA. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º, LV) . (grifamos).

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.

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:

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

- I - habilitação jurídica;
- II - qualificação técnica;
- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal.
- IV - regularidade fiscal e trabalhista;
- V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal. (grifamos)

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:

Art. 3º

(...)

§ 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. (grifamos)

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. Veja-se:

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. (grifamos)

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. 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.

Nos termos do art. 41 da Lei 8666/1993, "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada". O professor CARLOS PINTO COELHO MOTTA assinala que "O artigo em questão constitui um alerta, tanto para o administrador público como para o Licitante, conferindo a este último a certeza da efetividade dos seus direitos".

E a jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sinaliza exatamente a indicação de que o ato convocatório constitui a lei do procedimento licitatório:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL.

I - Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por SOL COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, contra ato do Senhor Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Serviços de Radiodifusão do Ministério das Comunicações, que a excluiu da fase de habilitação por ter entregue a documentação exigida para essa finalidade com 10 (dez) minutos de atraso.

II - O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

III - Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da res publica. Outra não seria a necessidade do vocábulo "estritamente" no aludido preceito infraconstitucional.

IV - "Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital."(in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385)

V - Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele.

VI - Recurso Especial provido. (grifos nossos)

Por todo o exposto, 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.

III – REQUERIMENTO.

Por todo o exposto, a TELEFONICA BRASIL S/A, requer o acolhimento das razões de recurso ora apresentadas para ANULAR O ATO DE SOLICITAÇÃO DE DECLARAÇÃO ADICIONAL ou REFORMAR A DECISÃO PELO SEU AFASTAMENTO/RECUSA/INABILITAÇÃO, com sustentação nos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

Pelo que PEDE DEFERIMENTO,

São Paulo, 29 de maio de 2023.

TELEFONICA BRASIL S/A

Fechar