

▪ **Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões**

DECISÃO DA AUT. COMPETENTE: MANTÉM DECISÃO PREGOEIRO

Decisão fundamentada na Nota Técnica 10 (7012571) cuja será publicada no pagina de internet do MAPA:

PROCESSO Nº 21000.030745/2018-19

INTERESSADO: MAPA - MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO

ASSUNTO: Análise de mérito de recurso - Decisão hierárquica superior - Revogação de Certame.

REFERÊNCIAS

Ata do Pregão Eletrônico nº 03/2019 (6826784);

Recurso Inertposto OI S.A. (6826820);

Contrarrazões ALGAR TECNOLOGIA (6826868); e

Manifestação técnica - Prescindibilidade do Objeto (7004166 e 7012518).

SUMÁRIO EXECUTIVO

Trata-se de Recurso Interposto pela empresa OI S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CNPJ: 76.535.764/0001-43 que, em síntese, questiona a sua inabilitação pela não apresentação da regularidade fiscal e trabalhista, sob os argumentos da empresa estar sob recuperação judicial (Certidão de Objeto e Pé) adicionado ao fato de possuir decisão liminar que a isentaria da apresentação das certidões supracitadas, bem como de Decisão acerca da oportunidade e conveniência quanto a revogação do certame, eis que as unidades técnicas demandantes da pretensa contratação em função de recentes alterações se manifestaram pela prescindibilidade do objeto.

ANÁLISE

De início, impende consignar que os autos do presente processo administrativo refere-se à contratação de empresa especializada em serviços de telecomunicações, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, na modalidade DDG (Discagem Direta Gratuita), utilizando o prefixo 0800 (Alcance Modalidade Nacional), único número, no sistema de tarifação reversa para chamadas locais ou para chamadas intra-regionais e inter-regionais para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas na minuta de Edital e anexos (6345877).

Nesse sentido, salienta-se que os autos foram submetidos ao crivo da douta CONJUR/MAPA para os fins colimado no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que se manifestou por meio do Parecer Jurídico em epígrafe, salientando não haver óbice à continuidade do certame, desde que observadas as considerações exaradas no mencionado opinativo.

Assim, os autos foram encaminhados à época a Coordenação de Compras e Contratos, por intermédio do Despacho 5186 (6103911), para providências quanto às considerações exaradas pelo sobredito Parecer. Desse modo, a CCOM/CGRL redirecionou os autos a Biblioteca Nacional de Agricultura - BINAGRI, para atendimento dos apontamentos do mencionado Parecer, atinentes a competência daquela unidade, com a ressalva de posterior restituição dos autos, para conhecimento e adequações que se fizerem necessárias.

Nesse espeque, através dos Despachos 113 (6120739) e 114 (6142528) , procedeu conforme explanado:

"(...)

APROVAÇÃO DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

Com base nas exposições de motivos da área demandante, APROVO o ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR objetivando a contratação de empresa especializada em serviços de telecomunicações, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, na modalidade DDG (Discagem Direta Gratuita), utilizando o prefixo 0800 (Alcance Modalidade Nacional), único número, no sistema de tarifação reversa para chamadas locais ou para chamadas intra-regionais e inter-regionais para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Restando claro que a aprovação está estritamente relacionada a concordância com o proposto, não envolvendo análise técnica e jurídica do procedimento, que são de responsabilidade da área demandante.

(...)

Em atendimento ao Despacho (6109001) referente ao Parecer Jurídico nº 785/2018 (6100076) emitido pela Consultoria Jurídica, seguem abaixo os esclarecimentos que competem a esta Divisão:

28 - Informamos que a divergência ocorreu devido o item "Assinatura", pois para iniciar um novo contrato se faz necessário. Portanto para sanar o problema, fizemos a correção no Mapa Comparativo de Preços;

33 - Os serviços a serem contratados enquadram-se nos pressupostos do Decreto nº 2.271, de 1997, constituindo-se em Atividades Materiais Acessórias, instrumentais ou complementares à área de competência legal do órgão LICITANTE, não inerentes às categorias funcionais abrangidas por seu respectivo plano de cargos. 4.2. A prestação dos serviços não gera vínculo empregatício entre os empregados da Contratada e a Administração Contratante, vedando-se qualquer relação entre estes que caracterize pessoalidade e subordinação direta, e não há dedicação de mão de obra exclusiva. 4.3. A natureza do objeto a ser licitado é comum, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei 10.520/02, se tratando de serviços continuados e sem configurar contratação de mão de obra exclusiva;

38 - As pesquisas de preços foram recebidas no mês de novembro, a empresa Oi encaminhou no dia 22 de novembro de 2018 (5979315) e a empresa Claro enviou no dia 23 de novembro de 2018 (5990179). Portanto o tempo previsto na Instrução Normativa SLTI/MOG nº 03/2017 está em hábil;

56 - Não se faz necessário em razão da natureza do serviço;

60 - A contratação é mensurada pelo quantitativo de minutagem utilizada, o MAPA só pagará o quantitativo de minutos que utilizar

O subitem 12.1 refere-se a maneira que será feito o reajuste do contrato nas conformidades legais reguladas pela ANATEL;

e o subitem 12.2 faz referência a redução da tarifa.

66 - Ausência dos itens 7, 8, 9 e 11 do modelo da AGU e a não reprodução do subitem 16.18 do modelo da AGU pois

não se aplicar a realidade desta contratação.

Desta forma, acatando o proposto, encaminha-se o processo para o saneamento dos itens nº 35 (DCOM), nº 52 (CGRL), nº 62 (DCOM) para prosseguimento do pleito.

(...)"

Em continuidade, os atos foram encaminhados a Divisão de Administração de Contratos, que manifestou, segundo análise consubstanciada no Despacho 587 (6159660), abaixo descrito:

"(...)

Em atenção ao Despacho nº 731, SEI nº 6157895, e em atendimento aos itens 62 e 67 do Parecer Jurídico nº 00785/2018, SEI nº 6100076, informamos que alteramos a minuta de contrato referente à contratação de empresa especializada em serviços de telecomunicações, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, na modalidade DDG (Discagem Direta Gratuita), utilizando o prefixo 0800 (Alcance Modalidade Nacional), único número, no sistema de tarifação reversa para chamadas locais ou para chamadas intra-regionais e inter-regionais para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento.

Ante o exposto, restituimos os autos para prosseguimento do feito.

(...)

Retornaram os autos a esta Diretoria para atendimentos à Nota Técnica SEI-GDF n.º 641/2018 - SEPLAG/GAB/AJL(16797748) e Despacho SEI-GDF SEPLAG/SCG/COLIC/DICOM (16802547) apresentados quando da análise da identidade da situação do caso concreto com a minuta padrão de Edital , com vistas à continuidade da fase interna do certame.

(...)"

Ato subsequente, conforme consta na Nota Informativa (6172979), Despacho 120 (6217995), Despacho 24 (6329802), sobretudo as disposições constantes no Despacho 504 (6563455) de modo geral, foi observado que a minuta de Edital e seus anexos atendiam aos requisitos legais previstos pelo art. 40 da Lei nº 8.666/93, impondo ao futuro contratante o cumprimento das exigências legais pertinentes, a modalidade licitatória a ser utilizada, a devida habilitação, os critérios de adjudicação e julgamento procedimento do certame, como recursos, além do prazo de execução e condições do pagamento, dentre outros. De igual modo, foi verificado o preenchimento dos requisitos legais no art. 3º, incisos I, II, III e IV, da Lei nº 10.520/2002, conforme se extrai dos excertos do referido documento:

Nota Informativa (6172979)

Em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 38, da Lei 8.666/93, os autos foram encaminhados para parecer da Consultoria Jurídica – CONJUR.

A Consultoria Jurídica por meio do Parecer Jurídico nº 00785/2018/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (6100076) fez as seguintes recomendações, conforme pontuamos:

Parágrafos 28, 33, 38, 55, 56, 61, 66:

28. Malgrado este informe prestado pela área técnica (Equipe de Planejamento da Contratação), é de se ver que o objeto descrito no Termo de Referência/Estudos Preliminares/Contrato diverge parcialmente do Mapa Comparativo de Preços e das propostas das Empresas, porquanto naqueles documentos são mencionados 8 itens, enquanto que nestes há 9 itens.

33. Assim, para que sejam atendidos os normativos em referência, compete ao órgão assessorado informar se o objeto licitado constitui atividade de custeio.

38. Contudo, roga-se ao órgão assessorado que informe, quanto ao atendimento do artigo 2º, IV, da Instrução Normativa SLTI/MOG nº. 03/2017 sobre os parâmetros da estimativas de preços segundo "contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;"

55. No entanto, não constam nos autos a aprovação dos Estudos Preliminares, o que é uma exigência posta pela IN 05/2017, Anexo V, subitem 2.4., "a".

56. De se ver ainda que a IN 05/2017, Anexo V, subitem 2.6., "d.5.", prevê a existência de um Instrumento de Medição do Resultado (IMR) ou seu substituto que, quando utilizado, deve ocorrer, preferencialmente, por meio de ferramentas informatizadas para verificação do resultado, quanto à qualidade e quantidade pactuadas. Assim, recomenda-se ao órgão assessorado que demonstre a existência de IMR ou substituto na contratação almejada, ou mesmo justifique a sua ausência.

61. Nesse cenário, solicita-se ao Consulente que esclareça se há duas hipóteses de reajuste contempladas nos subitens acima, ou se a hipótese descrita no subitem 12.2. se refere a uma eventual redução do valor de tarifa que deve ser repassado à Contratante.

66. Acerca do Termo de Referência, encontrou-se as seguintes desconformidades:

na minuta analisada, não constaram os itens 7, 8, 9 e 11 do Modelo da AGU; e

o subitem 16.18. do Modelo da AGU não foi reproduzido na minuta em análise.

Ação: com relação aos parágrafos 28, 33, 38, 56, 61 e 66, a área técnica demandante se manifestou nos termos do Despacho 114 (6142528). Com relação ao parágrafo 55, o demandante se manifestou nos termos do Despacho 113 (6120739). Importante frisar que o parágrafo 28, em nosso entendimento, foi atendido parcialmente. A área técnica demandante fez a correção no Mapa Comparativo de Preços (6117906), porém, falta ajustar as propostas de preços da empresas, nos termos do que fora recomendado pelo Parecer 00785/2018 da CONJUR.

Parágrafos 45:

45. Desse modo, eventual ajuste de obrigação que gere despesa no interregno em questão deverá observar os termos do art. 42 da LRF, fato que deverá ser esclarecido pelo Consulente.

Ação: a CGRL irá se manifestar posteriormente.

Parágrafos 62 e 67:

62. Acerca do Contrato, requer-se ao órgão assessorado que promova as seguintes adequações:

que a subcláusula 6.1. da minuta contratual se ajuste aos subitens 12.1., 12.2. e 12.3. do Termo de Referência (Reajuste); e

que a subcláusula 15.1. indique como Foro Competente o da Seção Judiciária do Distrito Federal.

67. Finalmente, com relação à minuta contratual, as discrepâncias foram as seguintes:

na minuta analisada, não consta Cláusula 13ª do modelo da AGU (Alterações).

Ação: a DAC-CCOM se manifestou nos autos nos termos do Despacho 587 (6159660)

Parágrafo 47:

47. Desse modo, orienta-se a Consulente a realizar as devidas retificações no Edital, Contrato e Termo de Referência, a fim de que se dê cumprimento ao Decreto em tela.

Ação:

DCOM-CCOM: irá se manifestar em momento posterior.

DAC-CCOM: irá se manifestar em momento posterior.

BINAGRI (área técnica demandante): não se manifestou nos autos.

Parágrafos 35, 52 e 59:

35. Designação da Autoridade Competente. Compulsando os autos, igualmente não se vislumbrou o ato de designação da autoridade competente, o que se faz necessário na forma disposta no caput do art. 8º do decreto nº. 5.450/2005, pelo que urge o suprimento desta deficiência.

52. Na Portaria-MAPA/SE/DACGRL nº. 3.053/2018 (SEI 5376951), foram designados os integrantes da Equipe de Planejamento da Contratação. Todavia, não se comprovou a publicação desta Portaria.

59. No tocante ao edital, recomenda-se a feitura de retificação no preâmbulo e subitem 4.1., pois nestes trechos se afirma que a aplicabilidade da Instrução Normativa nº. 02/2010 (SICAF), desconsiderando a sua revogação pela Instrução Normativa nº. 03/2018. Outrossim, não foi justificada a vedação de participação de pessoas jurídicas reunidas em consórcio (Acórdão 745/2017 – Plenário – TCU).

Ação: a DCOM irá se manifestar em momento posterior.

CONCLUSÃO

A área demandante se manifestou por meio dos Despachos 113 (6120739) e do Despacho 114 (6142528) com o fito de atender as recomendações propostas pela CONJUR, por meio do Parecer Jurídico nº 00785/2018/CONJUR-MAPA/CGU/AGU (6100076).

Entendemos que a área demandante não se manifestou quanto às recomendações contidas nos parágrafos 28 e 47 do indigitado Parecer.

Desta feita, sugere-se o retorno dos autos à área demandante para atendimento dos parágrafos citados anteriormente, sendo que o parágrafo 47 deve seguir as orientações contidas no parágrafo 46 do Parecer 00785/2018.

Cumprida a etapa anterior, os autos devem retornar a esta Divisão para análise e prosseguimento do feito.

Despacho 120 (6217995)

Em atendimento a Nota MAPA DCOM (6172979) referente ao Parecer Jurídico nº 785/2018 (6100076) emitido pela Consultoria Jurídica, seguem abaixo os esclarecimentos que competem a esta Divisão:

No item 28 Informamos que a divergência ocorreu devido a "Assinatura", pois para iniciar um novo contrato se faz necessária, mas não é considerada como item ao longo do atendimento do serviço. Portanto para sanar o problema, fizemos a correção no Mapa Comparativo de Preços (6117906), por ter ocorrido o equívoco apenas neste documento não foi necessário corrigir o Termo de Referência (5982296) conforme solicitado no item 47 e os outros documentos mencionados não são elaborados pela BINAGRI.

Despacho 24 (6329802)

Em atenção ao Despacho nº 33, SEI nº 6312435, informamos que alteramos a minuta de contrato de acordo com o novo Termo de Referência, SEI nº 6282139.

Despacho 504 (6563455)

Após atendimento do Despacho 48 (6345896), com a inclusão da Declaração CGLI 6365544, Portaria 3053 (6381537) e Portaria designação (6563348), encaminhamos os autos para o prosseguimento necessário.

Dessarte, considerando superadas as questões pontuadas pela CONJUR/MAPA exaradas no Parecer Jurídico CONJUR/MAPA 785-2018 (6100076), e com base na documentação acostada pelas unidades técnicas envolvidas na pretensa contratação, foi autorizada a deflagração do certame, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.666/93, nos termos do Despacho 51 (6564275).

Ato contínuo, o aludido certame foi devidamente publicado no Diário Oficial da União em 21/02/2019, tendo sua abertura agendada para o dia 07/03/2019. Ocasão na qual a Administração gozando dos pressupostos legais atinentes a matéria prestou os devidos esclarecimentos da licitação (6825668), além de conhecer recurso interposto e negar provimento (6825694) abriu a sessão na data agendada.

Nesse contexto, decorrido os procedimentos alusivos ao certame sagrou-se classificada em primeiro lugar a empresa OI S.A, cuja proposta e documentação habilitatória anexa aos documentos (6826181 e 6826233) alcançou o montante de R\$ 45.143,82 (quarenta e cinco mil, cento e quarenta e três reais e oitenta e dois centavos). Todavia, referida proposta foi recusada pelos motivos a seguir transcritos: "Licitante Inabilitado conforme item 8.18 do Edital pelo descumprimento dos itens: 8.6.2 e 8.6.4; por deixar de apresentar certidões que comprovasse sua regularidade fiscal e trabalhista; "arts. 27 e 29 da Lei de Licitações; art., 52, II, da Lei de Recuperação Judicial e §4º, do art. 155-A do CTN".

Em seguida, foi convocada a empresa subsequente, qual seja: ALGAR TELECOM S/A, para envio de proposta e documentação habilitatória, tendo sido aceita e habilitada sua proposta no valor de 44.286,71, após análise da unidade técnica, conforme se observa na leitura dos documentos a seguir listados:

- . Instrução Aceitação da Proposta (6826274)
- . Documento Certidões Algar (6826528)
- . Documento de Habilitação Algar_1 (6826588)
- . Documento de Habilitação Algar_2 (6826609)
- . Proposta Comercial Algar (6826643)
- . E-mail Aceitação da Proposta pela Área Demandante (6826735)

Pois bem. É o relato geral das fases interna e externa, doravante passa-se a discorrer os aspectos legais referente ao recurso interposto, conseqüentemente as contrarrazões apresentadas pela licitante vencedora, bem como decisão do pregoeiro.

Das razões recursais da empresa da OI S.A.:

"(...)

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da decisão do I. Pregoeiro do MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO que declarou inabilitada a Oi S.A – em Recuperação Judicial, pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

Caso este r. Pregoeiro entenda por indeferir o presente recurso, requer a remessa deste a digna autoridade superior, na forma de RECURSO HIERÁRQUICO, conforme prevê o artigo 109, inciso III, § 4º, da Lei n.º 8.666/93 bem como com fundamento no princípio constitucional do Duplo Grau de Jurisdição.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Brasília/DF, 13 de março de 2019.

I – TEMPESTIVIDADE

O presente Recurso Administrativo tem por finalidade a reforma da decisão que declarou inabilitada a proposta da empresa Oi S.A – em Recuperação Judicial, por estar supostamente eivada de vícios de legalidade.

Para tanto, cumpre observar que o prazo decadencial é de 3 (três) dias úteis, conforme previsto no inciso XVIII do art. 4º da Lei 10.520/02, CONTADOS DA INTIMAÇÃO DO ATO ORA COMBATIDO.

No caso em tela, a decisão do I. Pregoeiro pela inabilitação da Oi, que resultou na declaração da Empresa ALGAR TELECOM S/A vencedora do certame, foi proferida no dia 11 DE MARÇO DE 2019 (SEGUNDA-FEIRA), mesma data em que a Recorrente manifestou a intenção de recorrer, sendo este, portanto, o marco inicial para contagem do prazo. Logo, o término para apresentação do Recurso Administrativo dar-se-á no dia 14 DE MARÇO DE 2019 (QUINTA-FEIRA) conforme consta expressamente na ata.

Ademais, insta registrar que a contagem do prazo no procedimento licitatório obedecerá aos ditames da Lei n.º 8.666/93, juntamente com as regras processuais comuns (Código de Processo Civil Brasileiro), excluindo-se o dia de início e incluindo-se o do vencimento (artigo 110, Lei n.º. 8.666/93 e artigo 184, caput, Código de Processo Civil).

Conclui-se, portanto, pela TEMPESTIVIDADE deste Recurso Administrativo.

II – BREVE SÍNTESE DOS FATOS

O objeto do presente certame consiste na escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de telecomunicações, por meio de transmissão de voz e de outros sinais, para a prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, na modalidade DDG (Discagem Direta Gratuita), utilizando o prefixo 0800 (Alcance Modalidade Nacional), único número, no sistema de tarifação reversa para chamadas locais ou para chamadas intra-regionais e inter-regionais para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

Assim, aberta a sessão, foram registradas as propostas das empresas participantes do certame.

Em primeiro momento, cumpre ressaltar que a Oi atendeu a todos os pressupostos estabelecidos no Edital, inclusive, esclarecendo ao I. Pregoeiro do MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO sobre a Recuperação Judicial e seus efeitos, bem como, sobre a decisão proferida pelo juiz da 7ª vara empresarial do Rio de Janeiro, datada de 21/06/2016, que autoriza a participação das empresas do Grupo Oi em qualquer certame licitatório, desobrigando a mesma da apresentação de certidões negativas.

Entretanto, causou espanto, a decisão do I. Pregoeiro, exarada no dia 08 DE MARÇO DE 2019 (SEXTA-FEIRA), que inabilitou a Oi, deste certame, com fundamento na condição da empresa, que vivencia processo de Recuperação Judicial, amparada por Decisão Judicial.

É importante esclarecer que a Oi, resguardada pelas decisões proferidas pelo juiz da 7ª vara empresarial do Rio de Janeiro, foi declarada a vencedora do certame pelo melhor preço proposto, no valor de R\$ 45.143,91. E que a Empresa ALGAR TELECOM S/A, em negociação posterior, aceitou praticar o mesmo valor proposto pela Oi, ocasião em que foi habilitada.

Ocorre que o I. Pregoeiro inabilitou a Oi pois entendeu que ela deixou de comprovar a regularidade trabalhista e fiscal, que deveria ser demonstrada através de Certidão Negativa ou Positiva de Débitos Trabalhistas e de Regularidade de Débitos Fiscais, conforme os itens 8.6.2 e 8.6.4 do Edital.

Desse modo, é contra essa decisão que declarou inabilitada a Oi, que se insurge a Recorrente, eis que, neste particular, não foi proferida em perfeita consonância com as normas e princípios norteadores dos atos da Administração Pública, tão pouco com as decisões judiciais proferidas no âmbito do processo de Recuperação Judicial, senão vejamos.

III – MÉRITO

III.1. DA DECISÃO JUDICIAL: DA AUTORIZAÇÃO PARA PARTICIPAÇÃO DA OI EM QUALQUER PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DA POSSIBILIDADE DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que a Oi (Grupo Oi) apresentou, no dia 20.06.2016, ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pedido de Recuperação Judicial, tendo sido distribuído para a 7ª Vara Empresarial.

No dia 21.06.2016, em sede de tutela antecipada, o douto juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferiu decisão em caráter liminar (anexada na habilitação), deferindo os seguintes pedidos:

"(...)

Isto posto, defiro o pedido de tutela de urgência, para determinar:

a) A suspensão de todas as ações e execuções contra as Recuperandas, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, de modo a evitar que constrições judiciais sejam realizadas no período compreendido entre o ajuizamento da presente recuperação judicial e o deferimento do seu processamento.

b) A dispensa da apresentação de certidões negativas em qualquer circunstância relacionada às Recuperandas, inclusive para que exerçam suas atividades (incluindo certidão negativa de débitos referentes às receitas administradas pela ANATEL e certidão negativa de distribuição de pedidos de falência e recuperação judicial.)”

O douto juízo da 7ª Vara Empresarial, em sua decisão, não deixou dúvidas quanto à possibilidade da Oi contratar com o Poder Público (União, Estados, DF e Municípios), tendo a isentado da necessidade de apresentar qualquer certidão negativa, inclusive a de Recuperação Judicial e Falência e de débitos referentes às receitas administradas pela Anatel. A confirmação deste entendimento pode ser verificada na decisão proferida no dia 29.06.2016, neste mesmo processo:

“II- ratificação da decisão que concedeu a medida de urgência, no sentido de dispensar as Recuperandas da apresentação de certidões negativas para que exerçam suas atividades;”

Dessa forma, verifica-se que o entendimento do douto juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é o de garantia acerca da possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público.

Iniciou-se, assim, o Juízo na decisão em que deferiu o processamento da Recuperação Judicial (anexada na habilitação), requerida pela Oi, sua fundamentação da seguinte forma:

“Depara-se o Poder Judiciário com o pedido de recuperação judicial de um dos maiores conglomerados empresariais do mundo, com magnitude de operações em todos os Estados brasileiros, e com forte impacto social em todas as estruturas da sociedade.

O GRUPO OI tem receita líquida expressiva e desempenha serviços públicos e privados inequivocamente essenciais para a população brasileira. Ademais, gera dezenas de milhares de empregos diretos e indiretos, bem como recolhe, ao Poder Público, bilhões de reais a título de tributos.

As referidas peculiaridades revelam a necessidade de este Juízo exercer o seu mister constitucional de preservação da empresa, fonte de empregos e de riquezas para toda a sociedade. Afinal, ao se socorrerem do Poder Judiciário, neste momento de crise global, as requerentes pretendem superar as dificuldades, a fim de atingir os seus objetivos sociais.

Para que uma recuperação seja viável, cabe ao Magistrado, além de observar o ordenamento jurídico, adotar todas as medidas necessárias ao cumprimento do dever legal de viabilizar a preservação da empresa, seja ela uma sociedade empresária de pequeno porte ou, como ocorre neste caso, um relevante grupo econômico, com ramificações internacionais, que movimentam bilhões de reais, anualmente.”

Com base no princípio da preservação da empresa é que se decidiu pela possibilidade das empresas do Grupo Oi participarem de quaisquer procedimentos licitatórios, indispensáveis para a continuidade do desenvolvimento de suas atividades, o que constitui, justamente, o objetivo do procedimento de recuperação judicial.

Vale trazer à colação, o trecho da referida decisão que assim determinou:

“Pelos mesmos motivos, defiro a permissão para que as requerentes participem de processos licitatórios de todas as espécies. A presente autorização somente diz respeito, por óbvio, a eventuais vedações relacionadas à submissão das empresas devedoras ao regime de recuperação judicial.”

Posteriormente, o douto juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, REITEROU em decisão publicada no dia 24/10/2016 (anexada na habilitação), que as Recuperandas (Grupo Oi) estão autorizadas a participarem, sem restrições, de certames licitatórios ainda que estes vedem a habilitação de empresas em recuperação judicial, conforme in verbis:

“DECISÃO

1) Da dispensa de apresentação de certidões negativas (fls. 97.739/97.803)

ESTE JUÍZO RECUPERACIONAL JÁ DETERMINOU A DISPENSA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA RELACIONADA ÀS RECUPERANDAS, INCLUSIVE PARA QUE EXERÇAM SUAS ATIVIDADES (FLS. 89.336). OUTROSSIM, TAMBÉM RESTOU AUTORIZADO ÀS RECUPERANDAS PARTICIPAREM, SEM RESTRIÇÕES, DE CERTAMES LICITATÓRIOS, AINDA QUE OS RESPECTIVOS EDITAIS VEDEM A HABILITAÇÃO DE EMPRESAS QUE ESTEJAM EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL (FLS. 89.496) [...]

[...] Assim sendo, nos termos da decisão de fls. 89.336 e 89.496, e para o fim de assegurar o direito reconhecido naquele decisum, DECLARO QUE, APESAR DO ESTADO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL, AS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS OI S.A. ("OI"), sociedade anônima de capital aberto, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 76.535.764/0001-43, com sede e principal estabelecimento na Rua do Lavradio nº 71, Centro, na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP 20230-070; TELEMAR NORTE LESTE S.A. ("TNL"), sociedade anônima de capital aberto, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.000.118/0001-79, com sede e principal estabelecimento na Rua do Lavradio nº 71, Centro, na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP 20230-070; OI MÓVEL S.A. ("OI MÓVEL"), sociedade anônima de capital fechado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.423.963/0001-11, com principal estabelecimento nesta cidade do Rio de Janeiro e sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, Quadra 3, Bloco A, Edifício Estação Telefônica, térreo (parte 2), CEP 70.713-900; COPART 4 PARTICIPAÇÕES S.A. ("COPART 4"), sociedade anônima de capital fechado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 12.253.691/0001-14, com sede e principal estabelecimento na Rua Teodoro da Silva nº

701/709 B, 4º andar, Vila Isabel, na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP 20560-000; COPART 5 PARTICIPAÇÕES S.A. ("COPART 5"), sociedade anônima de capital fechado, inscrita no CPNJ/MF sob o nº 12.278.083/0001-64, com sede e principal estabelecimento na Rua Siqueira Campos nº 37, 2º andar, Copacabana, na Cidade e Estado do Rio de Janeiro, CEP 22031-072; PORTUGAL TELECOM INTERNATIONAL FINANCE B.V. ("PTIF"), pessoa jurídica de direito privado constituída de acordo com as Leis da Holanda, com sede em Amsterdam, Naritaweg 165, 1043 BW, e principal estabelecimento nesta cidade do Rio de Janeiro; e OI BRASIL HOLDINGS COÖPERATIEF U.A. ("OI COOP"), pessoa jurídica de direito privado constituída de acordo com as Leis da Holanda, com sede em Schipol, Schipol Boulevard 231, 1118 BH, e principal estabelecimento nesta cidade do Rio de Janeiro (indicadas apenas OI, TNL, OI MÓVEL, COPART 4, COPART 5, PTIF e OI COOP), que se inserem no conglomerado econômico denominado "Grupo OI", ESTÃO TODAS APTAS A PARTICIPAR DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NOS TERMOS DA LEI 8.666/93, ESTANDO ASSIM DISPENSADAS DA APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DE QUALQUER NATUREZA, SENDO, PORTANTO, EXPRESSAMENTE VEDADA SUA EXCLUSÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO EM RAZÃO DO FATO DE ESTAREM SUBMETIDAS AO REGIME DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, DEVENDO AS RECUPERANDAS, PORÉM, ATENDEREM AOS DEMAIS REQUISITOS ESTABELECIDOS NO EDITAL DE LICITAÇÃO.

Oficie-se, com urgência, à PROCURADORIA DO ESTADO DO AMAZONAS, para ciência da presente decisão, bem como aos demais órgãos que se opuserem à participação das devedoras em qualquer certame licitatório, em face da não apresentação de certidões negativas". (grifo nosso – doc. anexado na habilitação)

Destarte, resta-se correto o entendimento a acerca da possibilidade da Oi participar de qualquer procedimento licitatório e ser declarada habilitada, tendo em vista que cumpre todos os requisitos de habilitação, ainda que o Edital vede a participação de empresas em Recuperação Judicial.

Cabe ressaltar que a decisão proferida em 24/10/2016 acima transcrita, foi direcionada à Procuradoria do Estado do Amazonas que estava descumprindo as decisões proferidas anteriormente no âmbito do processo de recuperação judicial.

Cumpra-se destacar, que como é de conhecimento público, o plano de recuperação judicial do Grupo Oi foi aprovado e homologado pelo juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que após isso, em 25.02.2018, foi proferida decisão (anexada na habilitação) que reitera a validade das decisões mencionadas acima.

Conclui-se, portanto, que a decisão é clara no sentido de que a Oi é isenta de comprovação de regularidade com relação a TODAS as certidões negativas, de feitos falimentares e de recuperação judicial, ou seja, corroborando com o entendimento da dispensa de APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES NEGATIVAS EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA RELACIONADA ÀS RECUPERANDAS.

Ressaltando que em momento algum as decisões judiciais proferidas fazem distinções entre as certidões fiscais e trabalhistas, pelo contrário, trazem expressamente a determinação de que as empresas do "Grupo Oi" estão dispensadas da apresentação das certidões negativas de qualquer natureza, tanto fiscais quanto trabalhistas, sendo vedada sua exclusão do processo licitatório em razão desse fato. Como se vê, resta, em total desacordo, a decisão de inabilitação produzida pelo I. Pregoeiro no dia 08/03/2019.

Logo, o fato da Oi estar vivenciando um processo de recuperação judicial não é novidade, sendo certo que esta empresa apresentou juntamente com os documentos de habilitação todas as decisões judiciais acima mencionadas que deixam claro a sua permissão para participar de qualquer procedimento licitatório, ainda que o respectivo edital vede expressamente que empresas nesta situação participem do certame.

Dúvidas não há, dessa forma, que a Oi não pode ser impedida de participar de qualquer procedimento licitatório em qualquer estado da federação, por vivenciar neste momento a Recuperação Judicial, sobretudo porque estava plenamente habilitada a participar do certame em comento, o que denota que a decisão do I. Pregoeiro necessita ser revisada, sendo certo ainda que esta foi declarada vencedora, oferecendo a melhor proposta, conforme análise da Ata do Pregão, mediante os lances apresentados.

IV – PEDIDO

Ante o exposto, a Oi requer que seja devidamente processado o presente Recurso Administrativo para que:

(i) Seja concedido efeito suspensivo à Decisão, ora em comento, considerando os termos do artigo 109, § 2º da Lei nº 8.666/93, bem como as razões apresentadas por meio do presente Recurso;

(ii) O I. Pregoeiro do MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO se digne a reformar a decisão que declarou inabilitada a empresa OI S.A – em Recuperação Judicial, sob pena de grave ofensa aos princípios norteadores das licitações e das decisões judiciais proferidas no âmbito do processo de Recuperação Judicial.

(...)"

Das razões recursais da empresa da ALGAR TECNOLOGIA:

"(...)

II) DAS RAZÕES DO RECURSO:

2.1 Após encerrada a fase de lances, a Recorrente Oi S/A apresentou sua documentação para habilitação no certame. Após a análise da documentação por parte do Pregoeiro, o mesmo decidiu corretamente pela recusa de sua proposta, por deixar de apresentar documentos exigidos como critério obrigatório de habilitação, em especial quanto à comprovação de sua REGULARIDADE TRABALHISTA, dentre outros.

Recusa da proposta. Fornecedor: OI S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL, CNPJ/CPF: 76.535.764/0001-43, pelo

melhor lance de R\$ 45.143,9100. Motivo: Licitante Inabilitado conforme item 8.18 do Edital pelo descumprimento dos itens: 8.6.2 e 8.6.4; por deixar de apresentar certidões que comprovasse sua regularidade fiscal e trabalhista; "arts. 27 e 29 da Lei de Licitações; art., 52, II, da Lei de Recuperação Judicial e §4º, do art. 155-A do CTN".

2.2 Em seu Recurso a Recorrente Oi S/A alega:

"O douto juízo da 7ª Vara Empresarial, em sua decisão, não deixou dúvidas quanto à possibilidade da Oi contratar com o Poder Público (União, Estados, DF e Municípios), tendo a isentado da necessidade de apresentar qualquer certidão negativa, inclusive a de Recuperação Judicial e Falência e de débitos referentes às receitas administradas pela Anatel. A confirmação deste entendimento pode ser verificada na decisão proferida no dia 29.06.2016, neste mesmo processo:

"II- ratificação da decisão que concedeu a medida de urgência, no sentido de dispensar as Recuperandas da apresentação de certidões negativas para que exerçam suas atividades;"

"Dessa forma, verifica-se que o entendimento do douto juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é o de garantia acerca da possibilidade de empresas em recuperação judicial contratarem com o Poder Público."

"Com base no princípio da preservação da empresa é que se decidiu pela possibilidade das empresas do Grupo Oi participarem de quaisquer procedimentos licitatórios, indispensáveis para a continuidade do desenvolvimento de suas atividades, o que constitui, justamente, o objetivo do procedimento de recuperação judicial."

2.3 Entretanto, ao contrário do que alega a recorrente, a liminar apresentada não isenta as recuperadas da apresentação de TODAS as negativas exigíveis para participação em processos licitatórios, exigidos neste Edital como critério obrigatório de habilitação.

2.4 A liminar permite que a recorrente participe de processos licitatórios mesmo estando em processo de recuperação judicial, isentando as recuperadas da comprovação da apresentação de CERTIDÃO DE FALÊNCIA E CONCORDATA por estar em RECUPERAÇÃO JUDICIAL, e também isenta a comprovação da sua QUALIFICAÇÃO FISCAL, no entanto está previsto na DECISÃO da liminar a obrigatoriedade de comprovação dos DEMAIS REQUISITOS EXIGIDOS NO EDITAL, vejamos:

"Às fls. 305.745/305.750 consta decisão que, ao tratar da substancial evolução no Patrimônio Líquido das Recuperandas, dispensou o Grupo Oi de apresentar certidão de qualificação financeira para participar dos procedimentos licitatórios." (Certidão de Objeto e Pé)

2.5 Conforme pode ser observado na Certidão de objeto e Pé apresentada pela recorrente, a OI S/A está isenta de apresentação de QUALQUER certidão referente à QUALIFICAÇÃO FINANCEIRA, ao contrário do que alega a recorrente, a liminar não a isenta de TODAS AS CERTIDÕES exigíveis para processo licitatório.

2.6 O entendimento acima é respaldado pela DECISÃO da liminar, que não só restringe a isenção de comprovação exclusivamente das certidões referentes a QUALIFICAÇÃO FINANCEIRA, como determina as recuperadas "ATENDENDERE A TODOS OS DEMAIS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS NO EDITAL".

Liminar:

Decisão (Em 23/02/2018)

1- Fls. 249.570/249.579 (Pet. OI): Oficiem-se aos órgãos mencionados informando que os termos das decisões de fls. 89.330/89.336 e 89.496/89.525, que dispensaram as recuperandas da apresentação das negativas fiscais para o exercício de suas atividades e participações em licitações com o Poder Público...

22- Fls. 274.723/274.724 (Ofício Auditoria da 9ª CJM): Oficie-se informando que a decisão de fls. 98.172/98.175, que dispensou as empresas aqui em recuperação judicial, a participarem de processo de licitação com o Poder Público, independentemente da apresentação das negativas fiscais e de distribuição de feitos falimentares e de recuperação judicial, ainda está em vigor, ressalvando, porém, a necessidade de as recuperandas atenderem a todos os demais requisitos legais exigidos no Edital de Licitação publicado.

2.7 Desta forma, considerando que a recorrente deixou de atender ao item 8.6.4 do Edital, referente à comprovação de sua QUALIFICAÇÃO TRABALHISTA, caracterizou-se GRAVE OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, o que corretamente motivou a recusa de sua proposta e consequente sua desclassificação do certame.

Edital:

8.6.4 prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa ou positiva com efeito de negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943;

2.8 A Lei 12.440/2011 também define de forma distinta a QUALIFICAÇÃO TRABALHISTA, determinando em seu Art. 3º a obrigatoriedade da exigência da PROVA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITOS INADIMPLIDOS PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO como critério obrigatório de habilitação em processos licitatórios.

Lei 12.440/2011 :

Art. 3º O art. 29 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943." (NR)

2.9 A QUALIFICAÇÃO TRABALHISTA nada tem a ver com a QUALIFICAÇÃO FISCAL, são certidões distintas para fins

diferentes, ao deixar de exigir a comprovação da REGULARIDADE TRABALHISTA ficará a administração solidária nas demandas trabalhistas, conforme pode ser observado nos itens IV e V da Súmula nº 331 do TST:

Súmula nº 331 do TST CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

2.11 Ademais, está previsto no item 13.1 do Edital a obrigatoriedade e prestação de GARANTIA DE EXECUÇÃO correspondente a 5% do valor contratado, para assegurar a contratante de quaisquer prejuízos advindos da execução contratual, dentre elas os encargos trabalhistas.

Edital:

13.3 A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:

13.3.1 prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato;

2.12 As letras "c" e "d" do Item 1.2 do ANEXO VII-B da IN nº 5/2017 determina que a GARANTIA DE EXECUÇÃO exigida deve ser utilizada para pagamento das verbas trabalhistas que por ventura forem adimplidos, sem que tenha havido a correta fiscalização, por parte da administração, no decorrer da execução contratual.

Item 1.2 do ANEXO VII-B da IN nº 5/2017

c) a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a reter, a qualquer tempo, a garantia na forma prevista no subitem 3.1 do Anexo VII-F desta Instrução Normativa;

d) a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto nas faturas e realizar os pagamentos dos salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos trabalhadores, bem como das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos;

2.13 Mister se faz ressaltar que ao deixar de exigir do licitante a comprovação de sua REGULARIDADE TRABALHISTA no processo licitatório, impossibilitará também a exigência da comprovação da regularidade durante a execução contratual e inclusive no momento da devolução da GARANTIA DE EXECUÇÃO, impossibilitando a fiscalização por parte da administração da situação da contratada quanto as suas responsabilidades ficando solidária nas demandas trabalhistas.

III) DA CONCLUSÃO

3.1 Conforme demonstrado neste, não houve por parte deste pregoeiro nenhuma irregularidade na decisão de desclassificar o licitante que não comprovou a todas as exigências do Edital quanto a documentação exigida, em total observância ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Legalidade, Impessoalidade e Eficiência.

IV) DOS PEDIDOS

4.1 Postas estas premissas, expostas as razões, postula a Recorrida nesta oportunidade:

a) Seja recebido de forma tempestiva a Contrarrazão dos Recursos Administrativos, com seu regular efeito, determinando se o seu imediato processamento;

b) Por todo o exposto, requer-se seja julgado como IMPROCEDENTE o recurso apresentado pelo licitante OI S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, uma vez que não possui o mínimo respaldo legal, para com efeito manter a habilitação da ALGAR TELECOM S/A ofertante da proposta mais vantajosa para a Administração e vencedora do certame.

(...)"

Da decisão do PREGOEIRO:

"(...)

CONCLUSÃO

Ante o Exposto, por não ter a empresa OI S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – , não ter cumprido os requisitos de habilitação dos itens 8.6.2 e 8.6.4 do Edital, fica mantida a decisão de usa inabilitação por não apresentar condições, ao menos nesse momento, de contratar com o poder público.

Por todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso interposto, mantendo a HABILITAÇÃO da empresa ALGAR TELECOM S/SA - CNPJ, nos termos supracitados.

(...)

DA DECISÃO DA AUTORIDADE HOMOLOGADORA

De início é imperioso destacar que das Decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ora apresentadas pela empresa, destaca-se a do dia 21/06/2016, na qual determina "a dispensa da apresentação de certidões negativas em qualquer circunstância relacionada às Recuperandas, inclusive para que exerçam suas atividades (incluindo certidão negativa de débitos referentes às receitas administradas pela ANATEL e certidão negativa de distribuição de pedidos de falência e recuperação judicial)".

Nesse mesmo esteio, em 24/10/2016, o eg. Tribunal decidiu que as empresas do Grupo OI "estão todas aptas a participar de procedimentos licitatórios nos termos da Lei 8.666/93, estando assim dispensadas da apresentação das

certidões negativas de qualquer natureza, sendo, portanto, expressamente vedada sua exclusão do processo licitatório em razão do fato de estarem submetidas ao regime da recuperação judicial, devendo as recuperandas, porém, atenderem aos demais requisitos estabelecidos no Edital de Licitação” e por fim dá ciência “aos demais órgãos que se opuserem à participação das devedoras em qualquer certame licitatório, em face da não apresentação de certidões negativas”.(grifos adicionados).

Corroborando, é de bom grado destacar os excertos do Parecer nº 04/2015/CPLC da Advocacia-Geral da União, na qual tece o entendimento quanto a participação no certame de empresas em recuperação, disponível através do link :https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/238680, de cujo se transcreve a ementa:

EMENTA: RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. PECULIARIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE EXIGE QUE O CONTRATADO TENHA CAPACIDADE DE SUPORTAR OS ÔNUS DA CONTRATAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE DO PAGAMENTO ANTECIPADO. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E SUA PRESERVAÇÃO. DISTINÇÃO ENTRE A FASE POSTULATÓRIA E DELIBERATIVA DO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO. DIFERENÇA ENTRE O ART. 52 E O ART. 58 DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIAS. NECESSIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLANO PELO Juízo PARA ATESTAR A VIABILIDADE DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO. DA POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL EM LICITAÇÕES. NECESSIDADE DE HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO I. A regra é que o fornecedor de bens e o prestador de serviços somente receba o pagamento da Administração após procedimento de execução de despesa orçamentária, que demanda tempo, e faz com que o particular tenha que suportar com recursos próprios o peso do contrato até que seja ultimado o pagamento, o que demonstra a importância da fase de habilitação econômico-financeira nas licitações públicas. 11. O instituto da recuperação é voltado para empresas que possuam viabilidade econômico-financeira, em prestígio ao princípio da função social da empresa. 111. Não cabe confundir duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLRJ). a requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira. que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58. NLRJ). IV. Apenas na fase do art. 58 da Lei 11.101, de 2005, é que existe a recuperação judicial em sentido material. quando os atos tendentes a superar a situação de crise serão efetivamente praticados. V. Quando a empresa está com sua recuperação deferida, há plausibilidade de que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas. VI. Se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório. VII. A exigência de certidão negativa de recuperação judicial é ainda válida como forma do pregoeiro ou da comissão de licitação avaliar a capacidade econômico-financeira, mas não em substituição à certidão negativa de concordata, e sim como um indicativo da situação em que se encontra a licitante. VIII. A empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira. IX. Na recuperação extrajudicial, uma vez homologado o plano, haverá plausibilidade de que a empresa possua viabilidade econômica, sendo condição de eficácia do plano que haja o acolhimento judicial do mesmo.

No supracitado Parecer, a AGU destaca que “não cabe confundir duas situações processuais distintas na Lei de Recuperação de Empresas, já que quando a empresa devedora solicita a recuperação judicial e o juiz defere o seu processamento (art. 52, NLRJ), a requerente confessa seu estado de insolvência sem comprovar a sua viabilidade econômico-financeira que somente se dará com a aprovação ou ausência de objeção ao plano de recuperação, quando o juiz concederá a recuperação em si (art. 58. NLRJ)” e ainda que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial é válida como forma do pregoeiro ou da comissão de licitação avaliar a capacidade econômico-financeira, mas não em substituição certidão negativa de concordata, e sim como um indicativo da situação em que se encontra a licitante. A empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

Assim, após discorrer sobre o processamento da recuperação judicial e a legislação vigente, a AGU conclui:

a) sobre a participação da empresa em recuperação judicial em licitações, deve ser feita a devida distinção entre a situação da empresa que está ainda postulando a recuperação judicial (art. 52, da Lei 11.101, de 2005), daquela que já está com o plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida (art. 58, da Lei 11.101, de 2005);(...)

...

e) caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005; (...)

...

g) a empresa em recuperação judicial com plano de recuperação acolhido, como qualquer licitante, deve demonstrar os demais requisitos para a habilitação econômico-financeira.

Nesse esteio, soa de bom tom rememorar as disposições do art. 29, da Lei 8.666/93 que exige como prova de habilitação uma série de documentos que devem ser exigidos dos licitantes para aferição de sua regularidade fiscal e trabalhista: I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal relativo ao domicílio ou sede do licitante; III - prova de regularidade fiscal nos âmbitos Federal, Estadual e Municipal; IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS); e V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa. O edital, em seu item 8, repetiu o requisito legal.

A exigência legal tem como escopo garantir, no máximo possível, que o Poder Público contrate apenas com empresas financeiramente hígidas, que consigam adimplir suas obrigações e evitem a suspensão dos serviços ou, ainda, evitar que a Administração contratante seja alçada à categoria de devedora subsidiária por eventuais dívidas do prestador, o que pode acontecer principalmente com débitos de natureza previdenciária e trabalhista, ex vi do art. 71 da Lei 8.666/93.

De todas as certidões exigidas, a OI S.A. tem apenas a certidão negativa do FGTS. Estão positivas a certidão trabalhista, expedida pelo TST, bem como as certidões de regularidade tributária Federal, Estadual e Municipal; o que indica a situação de irregularidade fiscal e trabalhista da licitante (os documentos comprobatórios encontram-se, todos, juntados aos autos).

Ora, os requisitos de habilitação estão previstos de forma clara no Edital que, como dito, não excepcionou as empresas em recuperação judicial, mesmo porque, tal excepcionalidade seria contrária à Lei 8.666-93 e à Lei 11.101/05.

O art. 52, II da Lei 11.101/2005 (Estatuto das empresas em falência e em recuperação judicial) preconiza a dispensa de certidões negativas para que as empresas tenham aprovado seu plano de recuperação judicial. Em

nenhum momento a lei estende esse benefício à contratação com o Poder Público ou à habilitação em licitações. A bem da verdade, a lei diz exatamente o contrário. A parte final do mencionado dispositivo é expresso em ratificar que a dispensa de certidões de regularidade não alcança a celebração de contratos administrativos. Vejamos:

" Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

(...)

II – determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, observando o disposto no art. 69 desta Lei;" (destacamos)

Como se observa, o texto da lei não parece deixar espaço para debates teóricos, porquanto a exigência das certidões negativas é expressa e literal. A norma está ligada de maneira umbilical à exigência contida no art. 29 da Lei de Licitações, e deve ser interpretada à sua luz.

A empresa recorrente, OI S.A., apresentou cópia de uma decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro em que o Excelentíssimo juiz dispensava a empresa de apresentar certidões negativas para firmar contratos com o Poder Público. Inicialmente, insta salientar que a decisão proferida pelo pregoeiro não diz respeito à contratação, mas sim à habilitação da licitante, no que trata obviamente de uma fase anterior à contratação – isso porque a própria adjudicação do objeto à licitante vencedora não importa em direito subjetivo à contratação.

No mais, em uma análise prefacial, não nos parece que a digníssima Vara Empresarial fluminense tenha jurisdição sobre o Distrito Federal, ao menos nessa questão específica, principalmente porque eventual discussão judicial sobre a habilitação da empresa em licitação realizada por entidade distrital foge ao juízo universal falimentar da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, sendo de competência de uma das Varas do Distrito Federal, conforme regra do art. 76 da Lei 11.101/05. Sobre esse assunto, a eminente Desembargadora Ana Catarino, do TJDF, explica:

"(...)

E, ainda, examinando a competência da Vara de Recuperação Judicial, nela não se encontra a possibilidade de decisão sobre licitação envolvendo o Poder Público, no caso o Distrito Federal, que tem foro privilegiado em razão da pessoa, no caso, as Varas de Fazenda Pública do DF." (AGI nº 2012.00.2.022947-7, p. 09/10/2012)

(...)"

Idêntico posicionamento é o do Des. Flávio Rostirola, também do TJDF:

"(...)

"A Vara de Falências e Recuperações Judiciais não tem competência para interferir no andamento de licitações públicas levadas a efeito pelo Distrito Federal, tendo em vista o foro especial de que dispõe a Fazenda Pública..." (Agravo Regimental no(a) Agravo de Instrumento 20120020263214AGI, p. 12/12/2012)

(...)"

No mais, é pertinente acrescentar que não é atribuição do pregoeiro interpretar o alcance e o âmbito de aplicação de uma decisão judicial trazida ao processo de licitação de forma isolada do restante do processo judicial. É sabido que a esfera judicial permite aos operadores do Direito adentrar de forma mais profunda nas nuances axiológicas do ordenamento jurídico, interpretando a legislação sob um espectro bem mais amplo do que se permite à esfera Administrativa, cujos servidores devem, até por cautela, aplicar o Princípio da Legalidade sem maiores ponderações, no que a doutrina costuma chamar de "positive binding" (comprometimento positivo).

O Princípio da Legalidade preconiza uma estrita vinculação do administrador público à lei, o que não lhe permite perquirir sobre a conveniência e oportunidade de se exigir ou dispensar certidões de regularidade fiscal e trabalhista – mormente quando a exigência tem fundamento legal.

Nesse caso concreto, a argumentação recursal se sustenta em critérios e valores principiológicos que militam expressamente contra o texto da lei. Em nosso exame, o Princípio da Preservação da Empresa (mencionado no recurso) já foi garantido pelo legislador nas demais regras da Lei 11.101/05, legislação que claramente concede tratamento substancialmente mais benéfico às empresas sujeitas ao seu regramento.

Esse mesmo legislador, contudo, foi expresso em dizer que mesmo as empresas em recuperação judicial precisam provar sua regularidade fiscal e trabalhista como pressuposto à contratação com a Administração. Ao que tudo indica, o legislador pátrio, ao realizar a ponderação entre a preservação da empresa e a indisponibilidade do interesse público, deu guarida ao último, ao menos no que tange à exigência de certidões negativas. Isso fica bastante claro pela simples literalidade do art. 52, II.

Enfim, a Lei de Falências concede às empresas em recuperação judicial uma série de benefícios, dentre os quais não se inclui a desnecessidade de apresentar certidões de regularidade fiscal como pressuposto para contratação com o Poder Público; muito pelo contrário, a obrigatoriedade de apresentar esses documentos é determinada de forma expressa no art. 52. Analisando a lei frente ao princípio da Legalidade não nos parece razoável – ou sequer, possível – interpretar o artigo para lhe atribuir sentido diverso, como pretende a recorrente.

Ante o exposto, por não ter a empresa OI SA cumprido os requisitos de habilitação do itens 8.6.2 e 8.6.4 do Edital (que repete os requisitos do art. 29 da Lei de Licitações), não vemos motivos para alterar a decisão de inabilitação; pelo que a empresa não apresenta condições de contratar com o poder público, ao menos nesse momento.

Por derradeiro, quanto à concessão de efeito suspensivo ao recurso, o pedido não será analisado posto que inócuo, já que apesar de existirem outras licitantes no certame as unidades técnicas demandantes da pretensa contratação se manifestaram pela prescindibilidade do objeto.

DA DECISÃO

O pregoeiro julgou improcedente a habilitação da empresa OI S.A. no Pregão Eletrônico 01/2018, com fulcro no art. 11, VI do Decreto 5.450/05. Foi interposto recurso, conhecido mas julgado improcedente, sendo mantida a primeira decisão.

Pelo disposto no art. 11, VII do mencionado Decreto 5.450/05, tendo sido mantida a decisão vergastada, o Pregoeiro remete os autos à esta Coordenação-Geral para conhecimento da matéria, deliberação e prolação de decisão final.

Em consonância com a instrução acima consubstanciada, CONHEÇO DO RECURSO pelos seus aspectos legais - por preencher os requisitos de admissibilidade e tempestividade previstos - para no mérito JULGÁ-LO improcedente, todavia a ADJUDICAÇÃO do objeto à empresa vencedora, bem como sua HOMOLOGAÇÃO referente aos procedimentos adotados no Pregão em apreço resta prejudicada pela prescindibilidade do objeto conforme debatido no tópico seguinte.

DA OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA QUANTO A REVOGAÇÃO DO CERTAME

O documento inaugural do presente processo - Documento de Formalização da Demanda - é datado de 29/08/2018

(5252020) e entre as justificativas da necessidade da aquisição constam os seguintes fundamentos:

No decorrer dos anos, o Brasil passou por diversas transformações políticas e econômicas, gerando muitos questionamentos por parte da população sobre os mais diversos temas ligados ao agronegócio. Daí a necessidade de um canal de comunicação entre o Mapa e a sociedade, o 0800. Como existem muitas demandas é importante a ampliação da quantidade mensal de minutos para cada modalidade de itens.

A título de exemplo do aumento das referidas demandas, podemos citar o mais recente que foi a operação da "carne fraca", que gerou um alto fluxo nas ligações. A decisão da CGTI de registrar, mensurar e facilitar o uso em nível nacional do atendimento ao suporte técnico também justifica a necessidade de expansão do contrato da 0800 conforme o marketing do intercom nº 250 de 28 de agosto de 2017, intercom nº 254 de 30 de agosto de 2017, intercom nº 296 de 17 de outubro de 2017 e intercom nº 03 de quatro de abril de 2018 que foram enviados a toda rede Nacional do MAPA.

Devida análise realizada dos últimos 4 (quatro) meses, de fevereiro a maio, pode-se verificar a necessidade de uma margem maior de minutos com acréscimo de 25% para alguma eventual emergência, conforme ocorrido no período da "carne fraca", já citada, de forma a suprir as necessidades de demandada deste órgão.

Ademais, observa-se na última versão do Termo de Referência, datado de 19/02/2019, o item 2. JUSTIFICATIVA E OBJETIVOS DA CONTRATAÇÃO a seguinte motivação para realização da presente licitação:

" (...)

2.1 A contratação de empresa para execução do objeto deste termo de referência visa promover a continuidade das atividades desempenhadas pela Biblioteca Nacional de Agricultura - BINAGRI - MAPA, referentes ao atendimento à população usuária dos serviços prestados, aos gestores e aos trabalhadores.

2.2 Os principais serviços oferecidos pela BINAGRI aos usuários, são a realização de estudos e pesquisas, visando a produção do conhecimento para subsidiar a formulação de políticas de gestão, a disseminação de informação sobre assuntos relacionados à agricultura, além de proporcionar o atendimento receptivo da população, registrando as demandas oriundas dos usuários, que são tipificadas como denúncias, reclamações, sugestões, solicitações e outras.

2.3 A presente contratação busca, ainda, assegurar a continuidade do funcionamento da Central de SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO - SIC, para que os serviços oferecidos pela BINAGRI sejam prestados com eficiência e eficácia, pois por seu intermédio são realizados milhares de atendimentos por ano, sendo uma importante ferramenta utilizada pelo Ministério da Agricultura para a disseminação de informações relevantes para a população, assim como para a captação de informações essenciais para o desenvolvimento de políticas públicas na agricultura.

(...)"

Não obstante aos procedimentos adotados e o esforço mútuo das áreas envolvidas na condução deste certame licitatório, por força das recentes alterações desta Pasta, decorrente da edição do Decreto 9.667/2019, as unidades técnicas se pronunciaram pela prescindibilidade do objeto conforme destaca-se excertos dos documentos (7004166 e 7012518):

"(...)

MANIFESTAÇÃO BINAGRI

Informamos que o Contrato nº 22101/008/2016 cujo objeto versa sobre o Serviço Telefônico Fixo Comutado-STFC, de forma continuada, na modalidade Discagem Direta Gratuita- DDG-0800, no sistema tarifação reversa, para possibilitar o recebimento de ligações locais e de longa distância em âmbito nacional, originadas por telefones fixos ou móveis destinadas ao Serviço de Informação ao Cidadão - SIC que hoje atende os seguintes usuários do Mapa:

- 01 - SIC
- 02 - Ouvidoria
- 03 - CGAP
- 04 - Suporte da CGTI
- 05 - Atos de corrupção de responsabilidade da Ouvidoria

Com o SIC passando para a Ouvidoria serão necessárias algumas providências visando atender às novas atribuições. Considerando que o 0800 não é da BINAGRI e que o serviço atende ao Ministério como um todo, não vemos razão para que o contrato continue sob a nossa responsabilidade.

Relembramos que em agosto de 2016 fomos chamados à então CGRL, pelo Senhor Antonino e na ocasião nos foi informando que a fiscalização do contrato seria repassada para a BINAGRI. Nessa época o contrato era gerido e fiscalizado pela própria CGRL.

Na ocasião aceitamos a incumbência, pois, como órgão responsável pelo SIC, a Binagri era a principal usuária do Serviço. Hoje a situação mudou e na atual conjuntura não vemos justificativa para continuarmos com esta atribuição.

Informamos ainda que neste momento está em curso uma licitação para nova contratação para o 0800 cujo contrato atual termina no dia 08 de abril.

Esta licitação foi programada porque o contrato atual não está atendendo as necessidades do Ministério, uma vez que, o 0800 (criado em 1995) é o canal de interlocução mais conhecido e demandado pela sociedade para acesso ao Mapa.

Com a nova situação da Binagri como canal de acesso do Mapa vimos solicitar orientações de como proceder para a resolução da questão.

...

MANIFESTAÇÃO CGAP

Informo que não há necessidade de manutenção dessa contratação, no que diz respeito a esta Coordenação-Geral.

...

MANIFESTAÇÃO CGTI

No que tange ao objeto do contrato da CTIS com o Mapa para a prestação de suporte de TI, não existe a necessidade de se contratar um 0800, pois a empresa já fornece esse serviço sob o número 08006452847.

Caso o Ministério deseje fazer uso de um único número 0800 para atender suporte de TI e os demais serviços, é necessária a aquisição de uma solução URA/DAC para que possam ser fornecidas as opções e efetuar o devido direcionamento das ligações.

MANIFESTAÇÃO OUVIDORIA

A Ouvidoria disponibilizava os seguintes canais de acesso para registro de manifestações dos usuários: telefone fixo (61) 3218-2089, e-mail ouvidoria@agricultura.gov.br; denuncias.empresas@agricultura.gov.br; acesso web por meio do Sistema de Ouvidoria do Poder Executivo Federal – (e-OUV); carta; WhatsApp (61) 99696-1912 e Atendimento Presencial.

Entretanto, com a edição da Instrução Normativa 18, de 30 de dezembro de 2018, ficou estabelecido que o Sistema Informatizado de Ouvidorias do Poder Executivo Federal - e-OUV, como plataforma única de recebimento de manifestação, nos termos do art. 16 do Decreto nº 9.492, de 2018. Assim sendo, desde então, passamos a utilizar o e-OUV como canal prioritário para recebimento de demandas desta Ouvidoria.

Nesse mesmo propósito, em virtude da transferência da gestão do Serviço de Informação ao Cidadão à Ouvidoria, desde 25.03.2019, passamos a utilizar também o Sistema e-SIC da CGU como plataforma única de recebimento de pedidos de acesso à informação no âmbito do MAPA.

Aduza-se a isso, o que leciona o artigo 11, § 3º do Decreto n. 7.224, de 16 de maio de 2012:

Art. 11. Qualquer pessoa, natural ou jurídica, poderá formular pedido de acesso à informação.

(...)

§ 3º É facultado aos órgãos e entidades o recebimento de pedidos de acesso à informação por qualquer outro meio legítimo, como contato telefônico, correspondência eletrônica ou física, desde que atendidos os requisitos do art. 12. (grifo nosso)

Em paralelo, esclarecemos que está em andamento minuta de portaria para definir o novo fluxo de tratamento de demandas do SIC, consignando o sistema e-SIC como plataforma única de recebimento de pedidos de acesso à informação no âmbito do MAPA.

Dessa forma, esta Ouvidoria não necessita da contratação do serviço de 0800 para atendimento das manifestações, uma vez que, para tanto, já existe os canais próprios, no caso, o e-OUV e o e-SIC.

...

Dessa feita, segundo entende Celso Antônio Bandeira de Mello, ato administrativo “é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”

Assim, observa-se, portanto, que os atos administrativos apresentam, em suma, as seguintes características: I) tratam-se de declaração jurídica do Estado ou de quem lhe faça às vezes; II) estão sujeitos ao regime jurídico de direito público, pois o ato administrativo é fruto de todas as prerrogativas e restrições previstas à Administração Pública; III) produzem efeitos jurídicos imediatos; IV) são passíveis de controle pelo Judiciário; e V) sujeitam-se sempre à Lei.

Desse modo, ante as considerações acima expostas, é possível chegar a uma primeira conclusão no sentido de que a adjudicação do objeto aos particulares que se sagram vencedores após a fase competitiva da licitação é uma espécie de ato administrativo, tendo em vista que, em última análise, não deixa de ser uma declaração do Estado no exercício de suas prerrogativas públicas, que produz efeitos jurídicos imediatos ao atribuir o objeto da licitação ao licitante vencedor, tendo, inclusive, previsão legal (art. 43, inc. VI, da Lei nº 8.666/93).

E, por ser um ato administrativo, a Administração Pública tem o direito de revogá-lo, por motivo de conveniência e oportunidade, decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.

Em linhas gerais, a revogação consiste no desfazimento de um ato administrativo em razão de um ato superveniente, devidamente comprovado, que alterou o interesse público que ensejou a sua prática. Por meio da revogação, a Administração Pública extingue um ato válido, mas cujos efeitos deixaram de ser convenientes e oportunos ao interesse público tutelado.

No âmbito das licitações e contratos, tal prerrogativa encontra previsão expressa no art. 49 da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

“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 e devidamente fundamentado.

(...)

§ 3º. No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

§ 4º. O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e inexigibilidade de licitação.” (grifou-se)

No mesmo sentido é o teor da Súmula nº 473 do STF que assim estabelece:

“A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.” (grifou-se)

Segundo explica Hely Lopes Meirelles, a “revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir a sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. (...)”

A revogação resulta, então, do exercício do poder discricionário da Administração Pública que, ao analisar um ato perfeitamente praticado, conclui que a sua manutenção, em virtude da ocorrência de um fato superveniente devidamente justificado, não é mais conveniente e oportuna para o interesse público almejado.

Ao tratar dos motivos da revogação, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

"O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É um juízo feito 'hoje' sobre o que foi produzido 'ontem', resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração."

Nesse ponto, é importante destacar que a aferição da inconveniência ou inoportunidade deve ser posterior à prática do ato, ou seja, é imprescindível a demonstração de que na época de sua emissão o ato atendia a finalidade almejada pela Administração Pública. Isso porque, se desde o seu nascimento ele não era conveniente aos interesses do Poder Público, estar-se-á diante da anulação e não mais de revogação.

Ademais, os efeitos da revogação são prospectivos (ex nunc), pois suprime o ato a partir de sua declaração, sem, contudo, desconstituir os efeitos passados.

Na situação em análise, é preciso reconhecer que mesmo antes da adjudicação do objeto ao particular vencedor da licitação constatou-se a existência de novos fatos que modificou o interesse público em questão a ponto de exigir que a Administração Pública realize novamente uma análise da conveniência e oportunidade em se efetivar a contratação de determinado objeto.

Nesse sentido, são as lições de Marçal Justen Filho:

"A revogação pode ser praticada a qualquer tempo pela autoridade competente para a aprovação do procedimento licitatório. Cabe modificar afirmativa contida em edições anteriores, acerca da revogação posterior ao encerramento da licitação, quando já adjudicado o objeto ao licitante considerado vencedor. Ao contrário do que defendera anteriormente, deve reconhecer-se competência para revogação a qualquer tempo, respeitados limites insuperáveis. O juízo de conveniência, exercitado por ocasião da homologação, não pode ser renovado posteriormente. Porém, o surgimento de fatos novos poderá autorizar avaliação acerca da conveniência da manutenção dos efeitos da licitação. Diante de fato novo e não obstante a existência de adjudicação do objeto a um particular, a Administração tem o poder de revogação."

Da mesma forma, se posiciona o Tribunal de Contas da União, ressaltando, inclusive, a necessidade de a Administração garantir ao adjudicatário o exercício do contraditório e da ampla defesa prévios:

"(...)

Ora, a revogação e a anulação põem fim à licitação e permitem que a Administração possa promover nova licitação ou, eventualmente, proceder à contratação direta do objeto licitado com terceiro, frustrando a expectativa do antigo adjudicatário. Desse modo, caso tenha ocorrido a adjudicação, parece-nos que a revogação ou a anulação da licitação somente poderá ser efetivada se tiver sido assegurado ao adjudicatário direito de contraditório e ampla defesa, ainda que o motivo invocado para qualquer das duas medidas não seja imputável a mencionado adjudicatário. Caso contrário, ou seja, caso não tenha ocorrido a adjudicação do objeto da licitação, não há que se falar em descumprimento do princípio do contraditório e da ampla defesa."

"(...)"

Somente, portanto, com a homologação da licitação e consequente adjudicação impõe-se a observância do princípio do contraditório se, em decorrência de razões de interesse público fundadas em fato superveniente devidamente comprovado, a Administração resolver revogar ou anular a licitação." (grifou-se)

Igualmente é o posicionamento da jurisprudência majoritária, conforme se observa abaixo:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO APÓS ADJUDICAÇÃO.

1. No procedimento licitatório, a homologação é o ato declaratório pelo qual a Administração diz que o melhor concorrente foi o indicado em primeiro lugar, constituindo-se a adjudicação na certeza de que será contratado aquele indicado na homologação.
2. Após a adjudicação, o compromisso da Administração pode ser rompido pela ocorrência de fatos supervenientes, anulando o certame se descobertas ilicitudes ou revogando-o por razões de conveniência e oportunidade.
3. Na anulação não há direito algum para o ganhador da licitação; na revogação, diferentemente, pode ser a Administração condenada a ressarcir o primeiro colocado pelas despesas realizadas.
4. Mandado de segurança denegado."

Em face disso, é possível admitir que a Administração Pública revogue suas licitações públicas mesmo após a adjudicação do objeto ao vencedor do certame. Se o setor competente demonstrar de maneira efetiva o desinteresse ou a inoportunidade em se efetivar a contratação, a princípio, a autoridade competente poderá, segundo critérios de conveniência e oportunidade, revogar o procedimento licitatório.

Por todo o exposto, considerando que o pretenso certame não foi ADJUDICADO/HOMOLOGADO, todavia restou evidente a necessidade da causa que dá ensejo à revogação por mostrar-se superveniente, bem como dos fatos serem devidamente evidenciados/justificados no processo nos termos dos itens 6.1, 6.2 e 6.3. motivo pelo qual esta autoridade homologadora DECIDE pela REVOGAÇÃO do certame.

DAS CONCLUSÕES

Da presente análise identifica-se a necessidade de dois atos prolatados ao longo da presente Nota Técnica, quais sejam:

Em harmonia com a instrução técnica desta Nota e fundamentada nos aspectos legais afetos a matéria em apreço, fica mantida a Decisão do Pregoeiro no sentido de conhecer do recurso pelos seus aspectos legais - por preencher os requisitos de admissibilidade e tempestividade previstos - para no mérito JULGÁ-LO improcedente; e Considerando apenas a aceitação/habilitação recorrida do pretenso certame, bem como o conhecimento da necessidade da causa que dá ensejo à revogação por mostrar-se superveniente, além dos fatos serem devidamente evidenciados/justificados no processo nos termos dos itens 6.1, 6.2 e 6.3 razão pela qual o objeto mostra-se prescindível.

Por todo o exposto, sem nada mais a evocar, conheço do recurso interposto pela empresa OI S.A., para negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão combatida pelos seus próprios fundamentos, igualmente, considerando a prescindibilidade do objeto conforme debatido extensivamente nesta Nota, decido pela revogação do pregão

eletrônico nº 03/2019.
Publique-se. À DLIC/CLIC para ulteriores providências.

Atenciosamente,

HUGO MARCUS SILVA TEIXEIRENSE
Coordenador-Geral de Aquisições
MAPA/SE/DA/CGAQ

Voltar