



PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

Processo Administrativo Digital n. 939/2017.

Pregão Eletrônico Federal n. 115/2017 – Prestação de serviço de comunicação de dados, incluindo instalação, configuração e manutenção periódica, entre a Sede I e o Arquivo Geral.

Assunto: exame do recurso da empresa MUNDIVOX COMUNICAÇÕES LTDA.

Trata-se de procedimento licitatório objetivando a contratação de empresa para a prestação de serviço de comunicação de dados, incluindo instalação, configuração e manutenção periódica, entre a Sede I e o Arquivo Geral do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, conforme o Edital do Pregão Eletrônico Federal n. 115/2017<sup>1</sup>.

Nesta oportunidade, examinam-se as razões do recurso administrativo interposto pela empresa MUNDIVOX COMUNICAÇÕES LTDA<sup>2</sup>, em face da decisão do Sr. Pregoeiro que a afastou do certame e classificou a proposta da empresa TELEFÔNICA BRASIL S/A, para os itens 1, 2 e 3 (instalação, fornecimento e mudança de endereço de linha de conexão de dados, respectivamente)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Documento n. 110.338/2017.

<sup>2</sup> Documento n. 209.409/2017.

<sup>3</sup> Documento n. 209.384/2017.



PODER JUDICIÁRIO

## *Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

### **DOS FATOS**

A situação ora recorrida surgiu quando, identificada a empresa como vencedora – MUNDIVOX COMUNICAÇÕES LTDA. –, o Sr. Pregoeiro, atendendo ao comando da cláusula X do Edital<sup>4</sup>, iniciou negociação para obtenção de melhores preços em favor da Administração, baseado em pesquisa de mercado previamente realizada.

Transcorridos mais de 60 (sessenta) minutos e após alguns pedidos de celeridade, o representante da licitante MUNDIVOX assim se manifestou:

*Essa negociata ignóbil fere de morte os preceitos constitucionais que versam sobre a matéria licitatória; vale dizer, em razão do princípio da vinculação do Administração pública ao instrumento convocatório, causa espécie essa formalização sobre uma redução de preço após a etapa de lances. Observamos estritamente os corolários do princípio da Legalidade e não iremos subverter a axiologia do procedimento ora incurso. Nestes termo, não reduziremos o valor ganho e solicitamos que seja imediatamente cerceada o ato ilícito ora tentado.<sup>5</sup>*

Sendo advertida pelo Sr. Pregoeiro de que tal conduta poderia ser enquadrada como comportamento inidôneo, sujeitando-se a

<sup>4</sup> X – DA NEGOCIAÇÃO E ACEITAÇÃO DAS PROPOSTAS

1 – Apurada a melhor oferta o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar, procedendo a sua aceitação.

1.1 – O pregoeiro poderá encaminhar pelo sistema eletrônico contraproposta diretamente à empresa licitante que tenha apresentado o lance mais vantajoso para que seja obtida uma melhor proposta, observado o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas neste Edital.

<sup>5</sup> Doc. n. 203.205/2017



PODER JUDICIÁRIO

### *Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

infratora à sanção de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até 5 (cinco) anos, o representante da empresa mudou a forma de tratamento, abandonando os termos jurídicos e passando a requerer escusas, sob a justificativa de que:

*(...) pedimos encarecidamente perdão, pois não fora esse o nosso propósito, utilizados ato ilícito num sentido técnico jurídico que significa a desconformidade com de ato/fato com determinada norma jurídica. Não tivemos propósito ofensivo, portanto nos retratamos pelo equívoco.<sup>6</sup>*

O Sr. Pregoeiro, sentindo-se *atingido em sua honra* com as afirmações da licitante, entendeu que foi acusado de ter cometido um crime, pois “*negociata*” significa negócio em que há logro ou trapaça; negócio irregular, suspeito; mamata, papata. E, por sua vez, “*trapaça*” é conceituada como contrato fraudulento; dolo, ou seja, quem a pratica comete fraude. Assim, ao seu ver, a licitante o acusou publicamente de ter cometido um crime.

Acrescentou que, nos termos dispostos no artigo 93 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, comete crime quem “Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório”, ficando sujeito à pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Solicitou, então, manifestação expressa tanto do Órgão de Controle Interno quanto da Assessoria Jurídica desta Casa, no sentido de ser

---

<sup>6</sup> Idem.



PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

orientado sobre como enquadrar a conduta da empresa, especialmente no tocante aos seguintes pontos<sup>7</sup>:

1. Houve transgressão de preceitos da legislação administrativa, civil e/ou criminal?
2. Em caso positivo é possível desclassificar a proponente por comportamento inidôneo?

A Sessão Pública fora suspensa e agendada a sua retomada.

A Senhora Secretária de Controle Interno corroborou o raciocínio do Pregoeiro entendendo que a ocorrência deve ser levada ao conhecimento do Ministério Público e da Advocacia Geral da União, a fim de que sejam tomadas providências no sentido de punir a empresa que, de forma leviana e sem nenhum fundamento ou indício, imputou ao agente público crime que não houvera ocorrido.<sup>8</sup>

A Senhora Assessora Chefe da Assessoria Jurídica, por sua vez, promoveu consulta à Zênite Consultoria e, após registrar sua solidariedade à indignação do Sr. Pregoeiro, ponderou ser seu dever de ofício examinar a situação sob o prisma dos Diplomas regentes das

---

<sup>7</sup> Documento n. 203.205/2017.

<sup>8</sup> Documento n. 203.228/2017.



PODER JUDICIÁRIO

## *Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

Licitações Públicas. Acompanhou integralmente as conclusões da referida consultoria que, por meio do parecer 20415Nov2017, promoveu as seguintes orientações<sup>9</sup>:

(...)

*1. Ainda que a situação demanda análise valorativa de conduta, o que pode variar com base em diversos fatores, em se tratando de situação ocorrida no curso de procedimento licitatório, não se pode afirmar que a conduta do representante da licitante foi “inidônea”, de modo a ensejar a desclassificação da proposta e da apuração e eventual aplicação da penalidade prevista no art. 7º da Lei 10.520/02.*

*2. Entendido pela negativa da caracterização da conduta antijurídica, apta a configurar a prática de ato inidôneo, cumprir dar prosseguimento no procedimento licitatório. Isso, contudo, não afasta a possibilidade de a Administração advertir a licitante a fim de esclarecer a necessidade de atentar para o dever de se comportar de modo adequado.*

Em razão da divergência de entendimento entre as unidades técnicas consultadas e considerando que a questão trazida à baila abrange a notícia da possível ocorrência de um crime tipificado no Código

---

<sup>9</sup> Documento n. 203.244/2017



PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

Penal, o Sr. Pregoeiro julgou necessário tecer comentários sobre o arrazoado da Consultoria que concluiu pela não ocorrência do crime noticiado.<sup>10</sup>

Ressaltou que o Código de Ética deste Regional (Portaria TRE/SP n. 214/2015) estabelece, dentre seus objetivos, o dever de se “preservar a imagem e a reputação do servidor do TRE-SP, quando sua conduta estiver de acordo com as normas éticas estabelecidas neste Código” (artigo 2º, VI).

Julgou que enquadrar os termos ofensivos adotados pelo representante da licitante MUNDIVOX como mero emprego de “termos infelizes” é descaracterizar a ocorrência de crime tipificado no artigo 138 do Código Penal, o que o impede de se alinhar à inteligência da citada Consultoria.

Em decorrência, repetiu que a prática de ato ilícito por licitante em meio à sessão pública do certame licitatório configura comportamento inidôneo, que sujeita o autor à sanção de impedimento de licitar e contratar com a União pelo prazo de até 5 (cinco) anos, nos termos do artigo 7º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Considerando que a Lei nº 10.520/2002 prevê expressamente a aplicação subsidiária, para a modalidade de pregão, das normas da Lei nº 8.666/1993, julga que a prática do ato ilícito feriu um dos

<sup>10</sup> Documento n. 203.366/2017



PODER JUDICIÁRIO

### *Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

princípios basilares da licitação – o princípio da moralidade –, sendo dever funcional do pregoeiro, além de representar o ocorrido às esferas competentes, alijar a infratora do certame licitatório, por ofensa aos ditames do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.

Desta forma, concluiu possível enquadrar a conduta como transgressora de preceitos da legislação criminal e administrativa, bem como na esfera cível, visto que, mesmo que por suposição houvesse a ausência de intenção de ofender, isto não libera a empresa do dever de indenizar, pois também é possível provocar dano sem intenção.

Diante das diferenças de entendimento acima, o Sr. Coordenador de Administração de Material propôs a continuidade do julgamento pelo Sr. Pregoeiro, ressaltada a prerrogativa do livre convencimento motivado do julgador.<sup>11</sup>

Sendo assim, o Sr. Pregoeiro recusou a proposta da empresa MUNDIVOX COMUNICAÇÕES LTDA. sob o argumento do afastamento do certame devido à conduta inidônea de seu representante no momento da negociação.<sup>12</sup>

Ato contínuo, promoveu o aceite da proposta e habilitação da empresa TELEFÔNICA BRASIL S/A.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Documento n. 204.093/2017.

<sup>12</sup> Documento n. 209.384/2017.

<sup>13</sup> Documento n. 209.384/2017.



PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

**DAS RAZÕES DA RECORRENTE – MUNDIVOX**  
**COMUNICAÇÕES LTDA.**

A empresa MUNDIVOX apresenta recurso alegando não compreender os fundamentos legais do seu afastamento do certame.<sup>14</sup>

Afirma que, no dia seguinte à ocorrência, encaminhou e-mail aos órgãos responsáveis do TRE-SP se retratando do mal-entendido, manifestando-se no sentido de que:

- 1) Em nenhum momento pretendeu fazer qualquer acusação ou juízo de valor referente ao procedimento em tela;
- 2) (...) *Fomos negligentes ao utilizar vocabulário tão rebuscado, olvidando que nossos interlocutores, no mais das vezes, não detém o conhecimento acerca dos termos jurídicos empregados... e,*
- 3) *Nos retratamos do mal-entendido, solicitando, encarecidamente, desculpas pelo emprego de termos equívocos, que ensejaram interpretação indesejada.*

---

<sup>14</sup> Documento n. 209.409/2017





PODER JUDICIÁRIO

## *Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

Acrescenta que “*não existe instituto jurídico denominado afastamento*”, que a decisão do pregoeiro não apresenta fundamentos jurídicos que possam servir de substrato, bem como que a fala da MUNDIVOX, embora talvez equívoca, não apresenta finalidade escusa, tampouco propósito de ofender.

Solicita, por fim, a reconsideração da decisão que a excluiu do certame.

### **DAS CONTRARRAZÕES DA EMPRESA TELEFÔNICA BRASIL S/A**

Manifesta-se a empresa TELEFÔNICA de acordo com a decisão do pregoeiro que promoveu a desclassificação da MUNDIVOX e o aceite de sua proposta pelo menor lance.

Registra, em apertada síntese, que “*foi correto o afastamento da Mundivox, tendo sido obtido o menor preço na negociação que foi realizada com a Telefonica, atendendo ao princípio da seleção da melhor proposta para a Administração.*”<sup>15</sup>

### **DA MANIFESTAÇÃO FINAL DO SR. PREGOEIRO**

<sup>15</sup> Documento n. 209.144/2017.



PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

O Sr. Pregoeiro, por fim, elabora relatório a respeito da ocorrência em questão verificada na Sessão do Pregão, enfrenta as questões incidentes e disserta sobre os fatos que fundamentam o decisório, sendo que, ao fim, pugna pelo acolhimento parcial do recurso interposto pela licitante MUNDIVOX COMUNICAÇÕES LTDA, propondo<sup>16</sup>:

1. acolher o apontamento de que a decisão proferida não indicou as disposições legais de onde emanaram seus fundamentos, mas que seja reconhecido que tal falta não trouxe prejuízo ao exercício do contraditório e ampla defesa, visto que a recorrente se defende dos fatos a ela imputados e não da capitulação legal;
2. negar provimento às demais justificativas, cabendo manter a decisão que a afastou do certame licitatório.

Considerando que a questão central versa sobre a possibilidade da ocorrência de crime de calúnia cometido pelo representante da recorrente contra funcionário público no exercício de sua função, afirma que compete à Administração tomar as devidas providências no âmbito administrativo, penal e cível, a saber:

1. instaurar processo administrativo sancionador para apuração da conduta da licitante MUNDIVOX, pela prática de ato ilícito que configura

<sup>16</sup> Documento n. 3023/2018.



PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

comportamento inidôneo, em cumprimento aos ditames do artigo 7º da Lei nº 10.520/2002;

2. encaminhar os documentos necessários ao Ministério Público Federal, para apuração e eventual aplicação de penalidade no âmbito penal, na forma do artigo 102 da Lei nº 8.666/1993;

3. encaminhar os documentos necessários à Advocacia Geral da União, para patrocínio de ação cível que visa indenizar o dano moral sofrido pelo servidor.

**É o relatório. Decido.**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso apresentado pela empresa MUNDIVOX COMUNICAÇÕES LTDA. e passo a enfrentar o mérito.

A Lei 10.520/2002 dispõe em seu artigo 4º, incisos XI e XVII:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XI – examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade.

(...)



PODER JUDICIÁRIO

## *Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

XVII – nas situações previstas nos incisos XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

Em consonância com a legislação retro, o Edital do Pregão Eletrônico nº 115/2017 menciona:

### Cláusula X – DA NEGOCIAÇÃO E ACEITAÇÃO DAS PROPOSTAS

1 – Apurada a melhor oferta o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar, procedendo a sua aceitação.

1.1 – O pregoeiro, poderá encaminhar pelo sistema eletrônico contraproposta diretamente à empresa licitante que tenha apresentado o lance mais vantajoso para que seja obtida uma melhor proposta, observando o critério de julgamento, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas neste Edital.

Em que pese a legislação pertinente descrever a negociação de preços como uma possibilidade, o Tribunal de Contas da União, ao se manifestar sobre a matéria, proferiu o Acórdão nº 720/2016 – Plenário firmando o entendimento de que na *modalidade pregão, a negociação com o licitante vencedor visando obter melhor proposta de preço deve ser efetivada mesmo se o valor da proposta for inferior ao valor orçado pelo órgão licitante.*



PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

Ao analisar a conduta da empresa é possível concluir que houve recusa por parte da MUNDIVOX COMUNICAÇÕES LTDA. em reduzir o preço cotado na fase de lances quando consultada sobre o cabimento de eventual negociação, a despeito dos dispositivos legais acima.

Nesse sentido, valendo-se do estudo formalizado pela Zênite Consultoria<sup>17</sup>, verifica-se que *enquanto para o pregoeiro intentar a negociação, mesmo se o valor da proposta for inferior ao orçado pelo órgão licitante, é um dever, para o licitante aceitar essa negociação e, por consequência, reduzir ainda mais o preço é uma faculdade.*

Em outras palavras, o particular contratado não está obrigado a reduzir seu preço tampouco apresentar justificativas e, assim procedendo, não há fundamento legal para desclassificar sua proposta ou preteri-lo na ordem de classificação.

Entretanto, quer parecer que a empresa MUNDIVOX desconhecia esta prerrogativa da Administração no procedimento licitatório, tanto que se manifestou contrária e indevidamente, proferindo palavras inapropriadas.

É fato que não houve prática por parte do Sr. Pregoeiro em desconformidade com a legalidade do certame. Por outro lado, descabida a

---

<sup>17</sup> No parecer 20415Nov2017 (doc. n. 203.244/2017).



PODER JUDICIÁRIO

### *Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

atitude da empresa ao se utilizar de palavras mal colocadas no ambiente de negociação para manifestar discordância em diminuir seu preço.

Apesar disso, tal conduta não parece ter o condão de caracterizar comportamento inidôneo ou a prática do crime de calúnia tipificado no artigo 138 do Código Penal, aptos a promover sua desclassificação.

Isto porque a MUNDIVOX fez uso de palavras inadequadas, inapropriadas ou até inconvenientes, mas ato contínuo pediu desculpas revelando seu desconhecimento sobre a legalidade do procedimento e a legitimidade do Sr. Pregoeiro em promover a negociação de preços, em cumprimento à determinação legal.

Tal comportamento, analisado em conjunto com as manifestações subsequentes (advertência e esclarecimentos prestados pelo Sr. Pregoeiro e o pedido de retratação da licitante durante a sessão pública), não constitui ato inidôneo apto a macular o procedimento licitatório descrito no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Art. 7º, da Lei nº 10.520/02 “quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.



PODER JUDICIÁRIO

## *Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

Isto porque o ato dito como inidôneo deve pressupor uma conduta reprovável e não toda e qualquer conduta que aparentemente viole o comando legal.<sup>19</sup>

Marçal Justen Filho, quando discorre sobre a caracterização de ato inidôneo nas licitações processadas na modalidade pregão, afirma<sup>20</sup>:

*Conduz-se de modo inidôneo quem atua contra a ordem jurídica. Mas isso não basta. É preciso que a infração à ordem jurídica se revele conduta suficientemente séria que justifique a conclusão de que o sujeito não pode mais ser contratado pela Administração no futuro.*

Por sua vez, Joel Niebuhr, ao tratar sobre a proporcionalidade na aplicação da pena de impedimento de licitar no caso de faltas leves, em que não houve dolo ou má-fé do licitante, menciona (...) *Isso significa que o princípio da proporcionalidade demanda dos agentes administrativos a ponderação entre fins e os meios dos seus atos. Trata-se da necessária proporcionalidade entre causas e os efeitos, por meio do qual, é de concluir, mero equívoco, produto de desatenção, não deveria autorizar aplicação de penalidade extremamente grave. [...] Quer-se dizer que os agentes administrativos, conquanto devam obediência ao prescrito*

<sup>19</sup> <http://reconsulting.com.br/da-correta-aplicacao-da-pena-de-impedimento-de-licitar-e-seus-reflexos-nos-contratos-administrativos-em-execucao-e-nas-futuras-renovacoes/>

<sup>20</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). 6 ed. São Paulo: Dialética, 2013. p. 258.



PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

*no art. 7º da lei nº 10.520/02, devem, também, interpretá-lo, de modo consoante aos demais princípios jurídicos informadores da matéria, entre os quais merece destaque o da proporcionalidade.*<sup>21</sup>

Prossegue o autor discorrendo sobre o princípio da razoabilidade lecionando que (...) *Ele significa que as decisões administrativas, especialmente as discricionárias, devem encontrar amparo em justificativas racionais, no bom senso.*<sup>22</sup>

Considerando a legalidade do procedimento de negociação intentado pelo Sr. Pregoeiro e tendo em vista que o comportamento da empresa MUNDIVOX, apesar de inadequado, não se reveste de gravidade suficiente para fundar um juízo acerca da ausência de condições para contratar com a Administração Pública, nem demonstra atentar contra a ordem jurídica, conheço do recurso interposto pela empresa MUNDIVOX COMUNICAÇÕES LTDA. e, no mérito, fundamentado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, dou-lhe provimento para classificar a sua proposta e dar seguimento no procedimento licitatório.

---

<sup>21</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 7ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

<sup>22</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 5ª ed. Curitiba: Editora Zênite, 2008.





PODER JUDICIÁRIO

*Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo*

Quanto ao pleito exarado pelo Sr. Pregoeiro de encaminhamento de documentos à Advocacia Geral da União, para patrocínio de ação cível, visando indenizar eventual dano moral sofrido pelo servidor, este deverá ser estudado em autos apartados.

À Secretaria de Administração de Material para as providências subsequentes.

São Paulo, em 16 de março de 2018.

CARLOS EDUARDO CAUDURO PADIN  
Presidente