



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

Procedimento Interno n.º 1067385/2016

Decisão n.º 008.2016.CPL.1088725.2016.5570

IMPUGNAÇÃO/PEDIDO DE ESCLARECIMENTO INTERPOSTO AOS TERMOS DO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 4.007/2016-CPL/MP/PGJ, PELAS EMPRESAS **TELEMAR NORTE LESTE S.A. E EYES NWHERE SISTEMAS INTELIGENTES DE IMAGENS LTDA**, EM **28 DE ABRIL DE 2015**. PRESSUPOSTOS LEGAIS: LEGITIMIDADE E INTERESSE DE AGIR, A EXISTÊNCIA DE UM ATO ADMINISTRATIVO E FUNDAMENTAÇÃO, ATENDIDOS. TEMPESTIVIDADE.

1. DA DECISÃO

Analisados todos os pressupostos de admissibilidade e os aspectos objeto da peça dirigida, esta **COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO**, com fundamento no artigo 13, § 1.º do ATO PGJ N.º 389/2007, decide:

a) **Receber e conhecer** a impugnação apresentada pela empresa **TELEMAR NORTE LESTE S.A.**, inscrita no CNPJ sob o n.º 33.000.118/0001-79, aos termos do edital do Pregão Eletrônico n.º 4.007/2016-CPL/MP/PGJ, pelo qual se busca a *contratação de empresa especializada para prestação de serviços de três acessos à Internet, através de link dedicado de dados com conectividade IP, para as unidades do Ministério Público do Estado do Amazonas, todas localizadas na cidade Manaus, pelo período de 12 (doze) meses.*

b) **Receber e conhecer**, inobstante a intempestividade, o pedido de esclarecimento apresentada pela empresa **EYES NWHERE SISTEMAS INTELIGENTES DE IMAGENS LTDA.**, inscrita no CNPJ sob o n.º 07.244.008/0001-42, aos termos do edital do Pregão Eletrônico n.º 4.007/2016-CPL/MP/PGJ, pelo qual se busca a *contratação de empresa especializada para prestação de serviços de três acessos à Internet, através de link dedicado de dados com conectividade IP, para as unidades do Ministério Público do Estado do Amazonas, todas localizadas na cidade Manaus, pelo período de 12 (doze) meses,*

c) No **mérito reputar esclarecidas e indeferidas todas** as



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

solicitações, conforme discorrido nesta peça;

d) **Manter a data do certame**, em virtude de não ocorrer qualquer modificação ao edital, conforme exige o art. 21, § 4º da Lei 8.666/93.

2. DO RELATÓRIO

2.1. DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Chegam a esta Comissão Permanente de Licitação, no dia 28 de abril de 2016, os pedidos de esclarecimentos/impugnações aos termos do Edital do PREGÃO ELETRÔNICO Nº 4.007/2016-CPL/MP/PGJ interpostos pelas empresas TELEMAR NORTE LESTE S.A. E EYES NWHERE SISTEMAS INTELIGENTES DE IMAGENS LTDA, questionando aspectos técnicos e legais do objeto a ser licitado, com as seguintes indagações:

1. TELEMAR NORTE LESTE S.A, 33.000.118/0001-79

QUESTIONAMENTOS: 1) EXIGÊNCIA ABUSIVA. O item 3.7.2 do Edital e a Cláusula Vigésima Quinta da Minuta do Contrato preveem que não podem participar do certame empresas que tenham sócios, diretores, gerentes, que possuam cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o 3º grau, inclusive de membros ou de servidores ocupantes de cargo de direção, chefia ou assessoramento no âmbito do Ministério Público do Estado do Amazonas. Ocorre que, tais exigências mostram-se excessivas, na medida em que não possuem finalidade correlata à execução do objeto. [...] Ante o exposto, requer a exclusão da exigência prevista no item 3.7.2 do Edital e a Cláusula Vigésima Quinta da Minuta do Contrato; **2) O IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO.** O item 3.7.3 do Edital veda a participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação. O mesmo item também veda a participação de empresas em processo de liquidação, dissolução, recuperação judicial, recuperação extrajudicial e falência. Nestes casos, percebe-se o racional que motiva a Administração. Ora, nos casos de liquidação e dissolução, a pessoa jurídica está findando/extinguindo suas atividades, logo a contratação de uma licitante nesta situação poderá gerar graves prejuízos para a Administração. [...] Entretanto, não há razão nem embasamento legal para que a Administração inclua, em Edital de licitação, a vedação da participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação. [...] Vale destacar, por fim, que estas movimentações societárias são comuns na realidade do mercado mundial e brasileiro e, repita-se, a legislação salvaguarda todos os eventuais credores da Companhia. Diante do exposto, a Oi requer a alteração no item 3.7.3 do Edital, para que seja retirada do Edital a vedação à participação de empresas em processo de fusão, cisão ou incorporação; **3. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO.** Os itens 3.7.3 e 3.7.5 do Edital vedam a participação de empresas reunidas em consórcio. [...] Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. [...] Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação. Da mesma forma, não deve haver restrições quanto ao consórcio de empresas que sejam coligadas, controladoras e controladas. Isso porque, decorrente das particularidades do mercado e da economia globalizada, é comum a existência no âmbito das telecomunicações conglomerados econômicos que necessitam dessa ferramenta jurídica para participarem das licitações. Frise-se que muitas das vezes a prestação do serviço por empresa isolada não é o suficiente, necessitando da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação. Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública requer a exclusão dos itens 3.7.3 e 3.7.5 do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93; **4) IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL.** O item 3.7.4 do Edital veda a participação de empresas que estejam cumprindo penalidade de suspensão do direito de licitar com a Administração Pública Direta ou Indireta Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal. [...] Assim, ao apresentar comparativo entre a sanção de suspensão do direito de licitar/impedimento de contratar e a declaração de inidoneidade, defende que a Administração é entendida, pela definição constante do inciso XI do art. 6º do diploma legal em comento, como sendo o órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente – vale dizer, o órgão público. Já a Administração Pública é definida como sendo o universo de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do inciso XII do art. 6º da Lei n.º 8.666. Portanto, requer seja alterado o item 3.7.4 do Edital, para que seja vedada a participação apenas das empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com este órgão público licitante, e não com a Administração Pública em geral; **5) DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA.** O Edital deste certame licitatório, no item 6.8 exige que: “O CNPJ da proponente, empresa cadastrada no SICAF e habilitada na licitação, deverá ser o mesmo para efeito de emissão das notas fiscais e posterior pagamento.” [...] Diante do exposto, requer a alteração do item 6.8 do Edital para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato possa ser firmado pela matriz na forma do art. 29 da Lei n. 8666/93; **6) EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO.** O item 10.4.4 do Edital exige, a título de habilitação, prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, sem mencionar acerca da possibilidade de apresentação de certidão positiva com efeito de negativa. [...] Tal determinação editalícia fere o caráter competitivo do certame no momento em que pode gerar a diminuição da participação de mais empresas na competição. Ante o exposto, requer a adequação do item 10.4.4 do Edital, para que permita a comprovação da regularidade trabalhista alternativamente por meio da apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa de Débitos Trabalhistas, nos termos do § 2º do Art. 642-A da CLT. **7) EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA.** O item 10.6.1 do Edital e o item 5.1 do Termo de Referência exige, a título de comprovação da qualificação técnica a apresentação de “Atestado(s) de Capacidade Técnica fornecido(s) por



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove(m) que a empresa licitante tenha prestado, a contento, serviço de natureza e vulto compatíveis com o objeto deste instrumento, que permita(m) estabelecer, por comparação, proximidade de características funcionais técnicas, dimensionais, quantitativas e qualitativas, nos termos do subitem 5.1 do Termo de Referência anexo.” [...] Como visto, a doutrina é expressa ao exigir cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. Ad argumentadum tantum, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes. Por todo o exposto, requer a adequação do item 10.6.1 do Edital e do item 5.1 do Termo de Referência, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, seja relacionado a existência de compatibilidade do objeto a ser licitado e não satisfatoriedade em sua execução, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93. **8) PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS.** O item 16.2 do Edital estabelece que o pagamento será creditado em conta corrente, por meio de ordem bancária. [...] Ante o exposto, para a melhor adequação do instrumento convocatório à realidade do setor de telecomunicações, requer a alteração do item 16.2 do Edital, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento. **9) INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE.** O item 16.2.1 do Edital e a Cláusula Oitava, item 22 da Minuta do Contrato estabelecem que a Contratante deverá apresentar os comprovante de regularidade fiscal/social/trabalhista mensalmente, ou seja, no momento do pagamento junto com a nota fiscal/fatura. Inicialmente é importante observar que tal obrigação não encontra guarida na Lei n.º 8.666/93, portanto, sem lastro legal. [...] Diante disso, requer a alteração do item 16.2.1 do Edital e da Cláusula Oitava, item 22 da Minuta do Contrato para que não exija a apresentação mensal das certidões de regularidade fiscal/trabalhista/sociais, sob pena de ferir os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o da fé pública inerente aos documentos públicos (certidões). **10) RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE.** O item 16.2.3 do Edital e a Cláusula Décima Primeira, parágrafos quarto e sétimo da Minuta do Contrato dispõem que: “16.2.3. Enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência contratual, nenhum pagamento será efetuado à Contratada, sem que isso gere direito a acréscimos de qualquer natureza.”

“Cláusula Décima Primeira

(...)

Parágrafo quarto. Nenhum pagamento será efetuado à CONTRATADA quando forem constatadas as irregularidades abaixo especificadas, sendo que tais situações não caracterizam inadimplência da CONTRATANTE e, por conseguinte, não geram direito à compensação financeira: a) os serviços não abrangidos pelo objeto contratual; e b) ausência de comprovação da regularidade prevista no contrato.

(...)

Parágrafo sétimo. Nenhum pagamento será efetuado à CONTRATADA enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência.” [...] Assim, existindo na data de pagamento pendências fiscais, poderá a Administração, atendendo ao princípio da legalidade, aplicar uma das sanções definidas no art. 87 da Lei de Licitações, não sendo admissível a imposição de sanção que fuja ao rol taxativo do dispositivo legal



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

citado. Frise-se que o princípio da legalidade, sendo o elemento basilar do regime jurídico-administrativo, é considerado como aspecto indissociável de toda a atividade administrativa, vinculando as ações do administrador à lei, sendo decorrência direta do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, impor sanção que extrapola a lei importa em desrespeito inexorável ao princípio da legalidade. Diante disso, tendo em vista que a suspensão do pagamento pelos serviços prestados não consta no rol do art. 87 da Lei n.º 8.666/93, o qual elenca as sanções pela inexecução total ou parcial do contrato, requer a modificação do item 16.2.3 do Edital e da Cláusula Décima Primeira, parágrafos quarto e sétimo da Minuta do Contrato; **11) PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL.** O item 16.3 do Edital e a Cláusula Décima Primeira, parágrafo quinto da Minuta do Contrato dispõem, respectivamente, que: “16.3. Qualquer atraso ocorrido na apresentação da nota fiscal/fatura, ou dos documentos exigidos como condição de pagamento por parte da CONTRATADA, importará prorrogação automática do prazo de vencimento da obrigação do Contratante.”

“Havendo erro no documento fiscal, ou circunstância que impeça a sua liquidação, este será devolvido à CONTRATADA e o pagamento ficará pendente até que seja sanado o problema. Nessa hipótese, o prazo para pagamento se iniciará após a regularização ou reapresentação do documento fiscal, não acarretando qualquer ônus para a CONTRATANTE.” [...] Diante disso, requer a adequação do item 16.3 do Edital e da Cláusula Décima Primeira, parágrafo quinto da Minuta do Contrato, a fim de que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado imediatamente pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal; **12) DAS PENALIDADES EXCESSIVAS.** Os itens 19.4.2 e 19.4.3 do Edital, o item 11.4.2 do Termo de Referência e a Cláusula Décima Nona, parágrafo quarto da Minuta do Contrato determinam a aplicação de multas que extrapolem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto n.º 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991. A fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória n.º 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública. [...] Por todo o exposto, requer a adequação dos itens 19.4.2 e 19.4.3 do Edital, do item 11.4.2 do Termo de Referência e da Cláusula Décima Nona, parágrafo quarto da Minuta do Contrato, parágrafo sexto da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato; **13) DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA.** O item 19.4.3 do Edital, o item 11.4.2 do Termo de Referência e a Cláusula Décima Nona, parágrafo quarto da Minuta do Contrato não fazem distinção quanto a base de cálculo das penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato. [...] Desta forma, requer a alteração do item 19.4.3 do Edital, do item 11.4.2 do Termo de Referência e da Cláusula Décima Nona, parágrafo quarto da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato; **14) REAJUSTE DOS PREÇOS.** Tendo em vista que o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal determina a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados com a Administração Pública, a Lei n.º 8.666/93 disponibilizou instrumentos aptos a recompor o eventual desequilíbrio entre as vantagens e os encargos originalmente pactuados. [...] Ressalte-se que apenas o Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC poderá ser prestado em regime público, por meio de Concessão do Poder Concedente. [...] Ante o exposto, requer a adequação do item 20.11 do



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Edital e da Cláusula Décima Terceira da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma:

“A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI”; **15) PRAZO PARA REPARO.** O item 8.3 do Termo de Referência e as Cláusulas Quinta, parágrafo oitavo e Décima Sétima da Minuta do Contrato estipulam que o tempo de reparo será de até 4 (quatro) horas. [...] é patente que o período de reparo previsto no instrumento convocatório está em desacordo com o período estabelecido na Resolução n.º 574/2011 da Anatel, posto que essa determina que o atendimento de reparo deve se dar em até 24 (vinte e quatro) horas para o SCM, contadas da solicitação do usuário. Ante o exposto, requer a alteração do item 8.3 do Termo de Referência e das Cláusulas Quinta, parágrafo oitavo e Décima Sétima da Minuta do Contrato, de forma que o período de reparo seja de até 24 (vinte e quatro), contadas da solicitação, nos termos das determinações da Agência Reguladora do Setor de Telecomunicações;

16) CONFIDENCIALIDADE DAS INFORMAÇÕES TRAFEGADAS. A Cláusula Oitava, item 6 da Minuta do Contrato determina que a Contratada deverá: “guardar inteiro sigilo dos serviços contratados e dos dados processados, bem como de toda e qualquer documentação gerada, reconhecendo serem esses de propriedade e uso exclusivo da CONTRATANTE, sendo vedada sua cessão, locação ou venda a terceiros.” [...] Diante disso, requer a alteração da Cláusula Oitava, item 6 da Minuta do Contrato, para que a Contratada garanta a inviolabilidade e o sigilo das informações/dados da Contratante, salvo em caso de quebra de sigilo de telecomunicações determinada por autoridade judiciária; **17) REPASSE**

INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS. A Cláusula Oitava, item 9 da Minuta do Contrato determina que é obrigação da Contratada “repassar à CONTRATANTE, durante o período de vigência deste contrato, todos os descontos e vantagens ofertadas ao mercado, sempre que forem mais vantajosos do que os serviços contratados.” [...] Assim, a prevalecerem os termos da exigência, inviável se mostrará sua execução fiel, motivo pelo qual requer seja excluído ou caso esta contratante não concorde, alterada a Cláusula Oitava, item 9 da Minuta do Contrato, para que se exija que a Contratada apenas repasse os descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da Contratante, mediante solicitação expressa desta, sempre que esses forem mais vantajosos para esta contratante; **18) GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE.** A Cláusula Décima Primeira, parágrafo oitavo da Minuta do Contrato dispõe que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, o cálculo dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas. [...] Pelo exposto, faz-se necessária a alteração da Cláusula Décima Primeira, parágrafo oitavo da Minuta do Contrato com relação ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

19) VALOR DA GARANTIA. A Cláusula Décima Quinta da Minuta do Contrato estipula que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato. Todavia, o artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/1993 estipula que a garantia exigida não excederá a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato. [...] Desta feita, a apresentação de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável, razão pela qual se requer a



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

modificação da Cláusula Décima Quinta da Minuta do Contrato para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento); **20) DOS ASPECTOS TÉCNICOS/COMERCIAIS DO EDITAL. ITENS A SEREM IMPUGNADOS DO EDITAL. 6.11. A proposta vencedora ajustada ao lance dado na sessão do pregão, bem como os documentos que a complementarem, deverão ser imediatamente encaminhados ao pregoeiro, no prazo máximo de 01 (uma) hora contada a partir da convocação...** No item é necessário que seja verificado a questão do prazo para a entrega da proposta atualizada uma vez que estará sendo trabalhado com o preço mínimo global do contrato e diante disso, após o fechamento dos lances e dada a empresa vencedora, ela precisará reajustar sua proposta realizando cálculos e redistribuindo os valores através dos itens do certame. Por conta disso, solicitamos que o prazo seja revisto e aumentado para até 4 (quatro) horas contadas após a convocação do pregoeiro no chat para que seja enviada a proposta de preços. **6.12. Na proposta vencedora a ser enviada posteriormente deverá constar: d) Prazo de entrega/disponibilização dos serviços**, em perfeito e total funcionamento, após a assinatura da futura avença, **não podendo ser superior a 30 (trinta) dias**, em consonância com o Termo de Referência e Minuta do Contrato; 3. DOS PRAZOS PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO (Termo de Referência) **3.1 A CONTRATADA deverá concluir os serviços de instalação e disponibilização do link em até 30 (trinta) dias corridos**, contados da assinatura do contrato, recebimento da Nota de Empenho e da Ordem de Serviço pela empresa FORNECEDORA; Nos itens em questão, estão sendo solicitados apenas 30 (trinta) dias para a conclusão e operabilidade dos serviços. No entanto, devido à complexidade técnica para atendimento dos serviços solicitados no objeto do edital, haverá necessidade de execução de projeto especial, sendo este adequação de fibra óptica e instalação de conversor eletro óptico nas dependências da CONTRATANTE. Desta forma, solicitamos uma ampliação do prazo máximo de ativação dos serviços para até 60 (sessenta) dias após assinatura do contrato, contados após a disponibilização por parte da CONTRATANTE, dos requisitos mínimos de infra-estrutura exigidos, quando for o caso, a serem indicados pela CONTRATADA; **ITENS A SEREM IMPUGNADOS DO TERMO DE REFERÊNCIA. 2.7.7 Oferecer Registro de Domínio Reverso; 2.7.8 Possibilidade de prover serviço de hospedagem para DNS secundário;** Por padrão e de forma geral, o fornecimento do serviço "Registro de Domínio Reverso e hospedagem para DNS Secundário" é realizado sempre pela CONTRATANTE do serviço, cabendo à CONTRATADA apenas delegar esta resolução aos servidores do cliente. Assim como, o objeto do edital especifica fornecimento de link de acesso à Internet, sendo o "DNS Reverso" um serviço de outra natureza e alheio a este, pois envolve custos como implantação de servidores, configuração e manutenção dos mesmos. Caso este serviço deva ser fornecido, irá acarretar em custos, diminuindo as vantagens financeiras a serem repassadas à CONTRATANTE. Desta forma, solicita-se adequação do edital de forma a excluir esta exigência, dados os motivos expostos, uma vez que este vai ao encontro das necessidades e interesses de toda e qualquer LICITANTE que participe do CERTAME. **2.7.10 Os índices de latência, perda de pacotes, taxa de erro e disponibilidade do serviço deverão atender aos valores expressos abaixo: b) Latência – Máxima 90 ms.** Os serviços ora solicitados neste edital, links de acesso à Internet, por sua natureza não possuem garantia de latência máxima para tráfego destinado à Internet, uma vez que não há como qualquer operadora ou empresa prestadora deste tipo de serviço garantir um tempo de



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

resposta mínimo para sites ou servidores que estejam fora de seu backbone. Sendo também que, o tempo médio padrão para este tipo de medição de até 180ms para a região norte, considerando tráfego dentro do núcleo do backbone IP do prestador do serviço em questão. Desta forma, pede-se alterar a grafia do item para: "Latência – Máxima 180 ms". **2.7.10 Os índices de latência, perda de pacotes, taxa de erro e disponibilidade do serviço deverão atender aos valores expressos abaixo: d) Disponibilidade (%) – Mínimo 99,5%.** Neste item, na alínea 'd' é pedido que os sites remotos dentro da capital possua disponibilidade máxima de 99,5%, porém dentro dos padrões TIER para que haja este tipo de disponibilidade do serviço seria necessário que houvesse redundância em todos os sites de pelo menos equipamento com rotas distintas para atendimento. Como a solicitação é de que haja redundância do circuito, sem especificação da forma como essa redundância deve ser feita, solicitamos que a grafia do item seja alterada para: "d) Disponibilidade (%) – Máximo de 99,5%".

7.17 A CONTRATADA deverá habilitar no(s) roteador(es) o protocolo SNMP, disponibilizando neste(s) uma comunidade SNMP com acesso de leitura e permitir a configuração de "traps" por parte da Procuradoria-Geral de Justiça do Amazonas; Conforme políticas internas desta operadora e também conhecidas nas demais operadoras e provedores, visando garantir a segurança no acesso e qualidade na prestação do serviço solicitado (link de acesso a Internet), não é permitido disponibilizar CPE Roteador para atender ao serviço com permissão de escrita ou alteração de configurações. Pois desta forma, não poderemos garantir a qualidade do serviço, uma vez que não seremos os responsáveis exclusivos pela configuração do referido equipamento. Podemos, contudo, habilitar o CPE Roteador para exportar arquivos de monitoração de tráfego, velocidade, taxa de erro, etc. através de nosso sistema de monitoramento. Desta forma, solicita-se exclusão desta exigência do edital. **6.2 A proposta deverá apresentar o valor global para a execução dos serviços, incluídos mão de obra, insumos, consumíveis e equipamentos necessários para a plena execução do objeto contratado, bem como todos os custos relativos a impostos, taxas, mão de obra, encargos sociais, transporte, prêmios de seguro, acidente de trabalho e emolumentos decorrentes da obrigação assumida, excluindo a PGJ/AM de qualquer solidariedade.** No item acima, na tabela de precificação de preços a ser inserida na proposta que deverá ser enviada após a empresa vencedora ser pronunciada, é notado que há apenas uma coluna de precificação de valores para os serviços a serem contratados. No entanto, ressaltamos que além do serviço de internet solicitado há também os CPEs e o serviço de monitoramento web, que são valores trabalhados fora a parte do link de dados, os quais são impostados de formas distintas por serem diferentes tipos de serviços e envolver equipamentos. Pedimos que dessa forma, e para que haja maior clareza para o cliente da precificação dos valores que estão sendo submetidos nas propostas, sejam abertas colunas para que possamos precificar tais valores separadamente. **Pedido.** Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi, requer que V. Sª julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

EYES NWHERE SISTEMAS INTELIGENTES DE IMAGENS LTDA,
07.244.008/0001-42.

PEDIDO DE ESCLARECIMENTO, Com referência as imagens abaixo, existe uma



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

diferença na forma de lançar os valores do processo na planilha do Comprasnet e na proposta de preço do Órgão. Perguntam-se, poderei diluir o valor da instalação nos 12 meses que são solicitados pelo Comprasnet?

Passamo à análise dos pressupostos legais e à exposição das razões de decidir.

2.2. DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS

Ab initio, é necessário observar se os interessados atendem às exigências emanadas do repositório legal das licitações públicas, particularmente, aquelas decorrentes do texto dos §§ 1º e 2º, do art. 41, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 13 do ATO PJG 389/2007.

Rezam esses dispositivos que qualquer cidadão e/ou pretense licitante é parte legítima para pedido de esclarecimento ou impugnar edital de licitação, desde que o façam, respectivamente, até **o terceiro e o segundo dia útil** anterior à data fixada para a realização da sessão inaugural do certame.

Dessa regra se desdobram alguns requisitos que devem ser adimplidos quando de eventual impugnação dirigida ao órgão público licitante, são eles: legitimidade, interesse, a existência de um ato administrativo, fundamentação e tempestividade.

O primeiro desses pressupostos dispensa maiores comentários ante a clarividência da norma mencionada alhures, isto é, *qualquer cidadão é parte legítima*.

Obviamente, o segundo requisito apontado decorre dessa acepção de legitimidade, pois mesmo que não se trate de pretense licitante com interesse concreto e pontualmente direcionado às regras do cotejo, o interesse da parte legitimada pela regra sobredita pode estar revestido do mero e simples anseio de se satisfazer com o cumprimento estrito da lei.

Na verdade, cremos que a intenção do legislador foi justamente a de conferir ao procedimento licitatório o mais amplo, acessível e rigoroso sistema de fiscalização.

O terceiro ponto a ser observado decorre certamente da consequência lógica do instituto ora em estudo. É dizer, só se pode questionar, esclarecer ou impugnar algo que existe. *In casu*, um ato administrativo instrumentalizado sob a forma de um documento público.

Conseqüentemente, eventual objeção a um ato administrativo deve trazer consigo suas razões fundamentais específicas, mesmo que simplesmente baseada em fatos, de forma a evitar que a oposição seja genérica, vaga e imprecisa. A peça em



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissª o Permanente de Licitaª o

análise preencheu, também, esse requisito ao indagar/fustigar pontualmente determinadas regras do edital.

Por derradeiro, há o pressuposto que condiciona o exercício dessa faculdade a determinado lapso temporal, de forma que, ultrapassado o limite de tempo em que se poderia interpor os questionamentos reputados necessários, deixa de existir o direito conferido pela Lei àquela particular situação.

No caso corrente, a manifestação partiu de pretensão licitante e, por isso, o juízo de admissibilidade deve lastrear-se nas disposições do §2º, art. 41 da Lei Licitação.

Com termos semelhantes dispõem, também, os subitens 10.1, 10.2 e 20.1 do Edital, estipulando que:

11.1. **Até o dia 28/04/2016, 02 (dois) dias úteis** anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório **pele e-mail: licitacao@mpam.mp.br**, ou pelos **facs-símiles nº (92) 3655-0743 ou 3655-0701**, no horário local de expediente da Instituição, das 8 às 14 horas.

11.2. **Os pedidos de esclarecimentos de dúvidas deverão ser enviados ao Pregoeiro até o dia 27/04/2016, 3 (três) dias úteis** anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, **preferencialmente por meio eletrônico, via internet, através do e-mail licitacao@mpam.mp.br**, no horário local de expediente da Instituição, das 8 às 14 horas.

Faz-se mister, contudo, estabelecer os critérios a serem utilizados na contagem desse prazo.

Sobre o tema, segue lição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹,

“A contagem do prazo para impugnação se faz com a observância da regra geral do art. 110 da Lei n.º 8.666/93, tendo por termo inicial a data estabelecida para a apresentação da proposta”². Para facilitar o entendimento, exemplifica-se a seguinte situação:

1 In Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico, Editora Fórum, 1ª edição, 3ª tiragem, 2004, págs. 503/504.

2 Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

O dia 19 foi fixado para a realização da sessão e, na forma da contagem geral de prazos, não se computa o dia do início. O primeiro dia na contagem regressiva é o dia 18; o segundo, o dia 17. Portanto, até o dia 16, **último minuto do encerramento do expediente no órgão**, poderá o licitante e qualquer cidadão impugnar o edital ou requerer esclarecimentos. (...)

Caso a impugnação seja oferecida fora do prazo, **não deve ser conhecida com essa natureza**, mas merece ser respondida, como qualquer documento que é dirigido à Administração. (grifamos)

Utilizando-se da explanação apresentada, no particular caso sob exame tem-se que a licitação está marcada para iniciar-se em 03/05/2016, ocasião em que será realizado o credenciamento e a abertura das propostas dos licitantes, e, pela contagem regressiva o prazo para apresentação de pedido de esclarecimento ao Edital é de 3 (três) dias úteis, ou o dia 27/04/15, enquanto a impugnação ao instrumento convocatório será de até 02 (dois) dias úteis, logo até 28/04/2016. Assim, as licitantes teriam até o último minuto do encerramento do expediente no órgão para apresentar eventual oposição ao Edital.

No caso vertente, o pedido de esclarecimento da pretensa licitante EYES NWHERE SISTEMAS INTELIGENTES DE IMAGENS LTDA foi remetido no dia 28/04/2016, logo **padece de extemporaneidade**. Entretanto, como a empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A. se insurgiu sobre o mesmo ponto, recebo a irresignação, razão pela qual passamos a análise das razões.

3. RAZÕES DE DECIDIR

Inicialmente, observa-se que a maioria das razões de impugnação da pretensa licitante TELEMAR já foram respondidas em ocasiões passadas, quando da expedição das **Decisões n.ºs 016.2011.CPL.469192.2010.28191, 001.2012.CPL.549582.2012.107, 006.2012.CPL.564776.2012.7452, 011.2012.CPL.587128.2012.11421, 041.2013.CPL.766416.2013.4548 e 021.2014.CPL.898103.2013.42105.** disponíveis no link: <http://servicos.mp.am.gov.br:8080/licitacoes/menulicitante/AbriuLicitacao?id=54>.

Para melhor explicitar a questão, transcrevo abaixo a maioria das respostas constantes das referidas decisões aos itens impugnados, bem como insiro os devidos esclarecimentos concernentes às novas questões impugnatórias.

Sendo assim, após as devidas respostas técnicas elaboradas pela Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação – DTIC e recebida por esta CPL em 29/04/2016, fls. 145, passamos à análise do pedido.

3.1. RAZÕES DE DECIDIR DA EMPRESA TELEMAR NORTE LESTE S/A - (OI), CNPJ



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comiss^a o Permanente de Licita^a o

33.000.118/0001-79

3.1.1 RESPOSTAS ÀS IMPUGNAÇÕES.

3.1.1.1 DA EXIGÊNCIA ABUSIVA.

Como consabido, tal exigência emana da Resolução N.º 37/2009 do Conselho Nacional do Ministério Público, o qual considerando o disposto na Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, resolveu que:

Art. 1º. **É vedada a nomeação ou designação para cargos em comissão e funções comissionadas, no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros**, compreendido o ajuste mediante designações ou cessões recíprocas em qualquer órgão da Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 2º. É vedada a nomeação ou designação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de servidor ocupante, no âmbito do mesmo Ministério Público, de cargo de direção, chefia ou assessoramento, para exercício de cargo em comissão ou função comissionada, compreendido o ajuste mediante

Art. 3º. Os órgãos do Ministério Público não podem contratar empresas prestadoras de serviços que tenham como sócios, gerentes ou diretores as pessoas referidas nos artigos 1º e 2º desta Resolução.

Art. 4º. **É vedada a prestação de serviço por empregados de empresas fornecedoras de mão de obra que sejam parentes até o terceiro grau dos respectivos membros ou servidores dos órgãos contratantes do Ministério Público da União e dos Estados, observando-se, no que couber, as restrições relativas à reciprocidade entre os Ministérios Públicos ou entre estes e órgãos da administração pública direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal.**

Parágrafo único: **Cada órgão do Ministério Público estabelecerá, nos contratos firmados com empresas prestadoras de serviços, cláusula proibitiva da prestação de serviço no seu âmbito**, na forma estipulada no caput.(g.n.)

Como se observa a vedação à prática de nepotismo está disciplinada na legislação nacional, razão pela qual **não** prospera a Impugnação da Interessada com relação à referida cláusula editalícia.

3.1.1.2 DO IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM PROCESSO DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO.

Após a análise detida da impugnação apresentada, este Pregoeiro



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

passará a afastar as razões alegadas, demonstrando a legalidade e a razoabilidade da exigência contida no Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.007/2016-CPL/MP/PGJ.

Desse modo, a vedação da participação de empresário que se encontra em processo de Falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial (conforme Lei n.º 11.101/05), concurso de credores, dissolução, liquidação, concordata, fusão, cisão, incorporação, possui respaldo no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como no art. 27, inciso III, c/c o art. 31 ambos da Lei n.º 8.666/93, haja vista a exigência de demonstração da qualificação econômico-financeira para a participação de interessados em procedimentos licitatórios, com o condão de apurar a capacidade de suportar as obrigações de contrato administrativo por meio de apresentação de documentos indispensáveis à garantia do cumprimento contratual, sobretudo, quando o valor global estimado perfaz grande quantia e as obrigações pactuadas relevam-se de grande complexidade.

Nesse ponto, deve-se enfatizar o disposto no inciso II do artigo 31 da Lei n.º 8666/93, tendo em vista a exigência da apresentação pelo licitante, de certidão negativa de falência ou concordata, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica.

Do mesmo modo, demonstra-se salutar trazer à baila entendimento recente do TCU, contido no Acórdão 1.214/2013 – TCU Plenário, verbis:

9.1.10 sejam fixadas em edital as exigências abaixo relacionadas como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados:

9.1.10.1 índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante – Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% (dezesseis inteiros e sessenta e seis centésimos por cento) do valor estimado para a contratação, índices calculados com base nas demonstrações contábeis do exercício social anterior ao da licitação;

9.1.10.2 patrimônio líquido igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação;

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença;

9.1.10.4 apresentação de certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante

9.1.14 seja fixado em edital que a contratada deve disponibilizar todas as informações necessárias à comprovação da legitimidade dos atestados



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

solicitados, apresentando, dentre outros documentos, cópia do contrato que deu suporte à contratação, endereço atual da contratante e local em que foram prestados os serviços;

Outrossim, imprescindível consignar que o **Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular** preceitua que a Administração Pública deve atuar em prol do interesse da coletividade, o qual não poderá ser preterido ao conflitar com a proteção exclusiva de um interesse particular. Destarte, a vedação da participação de empresário que se encontra em processo de recuperação judicial e dentre outros institutos, demonstra-se relevante e razoável, por colocar risco a execução integral de um contrato público e, por consequência, o próprio interesse público.

Por fim, extrai-se o entendimento de que a presente previsão editalícia, visa proteger a Administração Pública do grau vulnerabilidade no caso de aceitação da participação de empresas que se encontrem em algumas dessas situações de reestruturação societária, ocasionando, nestes casos, confusão na responsabilização, bem como, na definição da empresa que deverá prestar os serviços, enquanto pendente a finalização desses processos. Desta feita, face a possível situação de risco, demonstra-se lógica e proporcional tal vedação, mas como também usual, cite-se como exemplo, licitações concluídas e em andamento, do próprio Egrégio Tribunal de Contas da União, nos Editais de Pregão Eletrônico n.ºs 122/2013, 116/2013 e 106/2013, inclusive, para objetos correlacionados de serviços de telecomunicações (acesso à internet e serviço telefônico fixo).

3.1.1.3. DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

A respeito do tema, deve-se enfatizar que **não** são todos os casos de contratação que impedem que empresas consorciadas participem do certame. Segundo o TCU, há situações que o consórcio deva ser não só permitido como incentivado, em razão da exigência de **capacitação técnica dos participantes**. Nesse caso, a disposição constante no presente Edital está correta, devendo ser analisado o caso concreto, sob a ótica da competitividade, segundo o TCU.

Lado outro, a vedação de participação de empresas em consórcio almeja evitar a pluralidade de empresas executando o mesmo serviço a Procuradoria-Geral de Justiça do Amazonas, o que, por ventura, ocasionaria além de problemas relativos à transferência de responsabilidade em eventuais falhas, entraves na ordem do faturamento de um mesmo contrato em empresas distintas.

Ademais, o mercado de telecomunicações conta com expressivo



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

número de empresas aptas a prestar o serviço de forma individualizada, conforme consta no próprio sítio eletrônico da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), com indicação, inclusive, dos respectivos números de contratos de concessão ou do termo de autorização. Assim, a vedação de formação de consórcios **não** restringe a ampla concorrência ao processo licitatório.

3.1.1.4. IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

Quanto à abrangência das sanções administrativas descritas no art. 87, incisos III e IV, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que entende ser a Administração Pública una, sendo apenas descentralizado o exercício de suas funções, para melhor atender ao bem comum³. Faz-se mister destacar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as referidas punições são de âmbito nacional. Vejamos:

MANDADO DE SEGURANÇA. PENALIDADE APLICADA COM BASE NA LEI 8.666/93. DIVULGAÇÃO NO PORTAL DA TRANSPARÊNCIA GERENCIADO PELA CGU. DECADÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. LEI EM TESE E/OU ATO CONCRETO. DANO INEXISTENTE.

1. O prazo decadencial conta-se a partir da data da ciência do ato impugnado, cabendo ao impetrado a responsabilidade processual de demonstrar a intempestividade.

2. A Controladoria Geral da União é parte legítima para figurar em mandado de segurança objetivando atacar a inclusão do nome da empresa no PORTAL DA TRANSPARÊNCIA, por ela administrado.

3. O writ impugna ato concreto, oriundo do Ministro dirigente da CGU, inexistindo violação de lei em tese.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei 8.666/93, suspendendo temporariamente os direitos da empresa em participar de licitações e contratar com a administração é de âmbito nacional.

5. Segurança denegada.

(STJ, MS n.º 174.274/SP, 2ª. Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 14.08.2013, DJe 26.08.2013). (Grifo nosso)

3 “É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. A limitação dos efeitos da 'suspensão de participação de licitação' não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública” (REsp 151.567 / RJ, Relator: Ministro Peçanha Martins).

No mesmo sentido, o RMS 9707 / PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz: “A garantia da honorabilidade e probidade dos licitantes é qualidade indissociável ao trato da coisa pública. O resguardo da Administração à regularidade da concorrência pública denota, sobretudo, o respeito ao interesse comum. Ora, se a lei exige do administrador que aja com probidade ao promover a licitação pública, com maior razão que também se prescreva ao particular essa exigência.”



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Assim, o Licitante penalizado por qualquer órgão ou entidade (seja federal, estadual, distrital ou Municipal) fica impedido de participar de certames e de celebrar contratos com toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que a empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

Bem se sabe, a esse respeito, que a jurisprudência administrativa da Corte de Contas da União tem apontado para norte diametralmente diverso da do Superior Tribunal de Justiça. Por outro lado, como as lições propedêuticas do Direito Pátrio ensina, este último Colegiado Superior do Judiciário é quem detém competência constitucional para dirimir peremptoriamente conflitos de interpretação em sede de matéria infraconstitucional.

Portanto, como a Instituição se filia ao posicionamento do Egrégio STJ, fica mantida a redação do subitem 3.7.4 do Edital.

3.1.1.5. DA EXIGÊNCIA DE EMISSÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

Vejamos a jurisprudência do Tribunal de Contas da União com relação aos conceitos de matriz e filial.

Preceitua a insígnia Corte de Contas que matriz é o estabelecimento chamado sede ou principal que tem a primazia na direção e ao qual estão subordinados todos os demais, chamados de filiais, sucursais ou agências.

Já filial é o estabelecimento que representa a direção principal, contudo, sem alçada de poder deliberativo e/ou executivo. A filial pratica atos que tem validade no campo jurídico e obrigam a organização como um todo, porque este estabelecimento possui poder de representação ou mandato da matriz; por esta razão, a filial deve adotar a mesma firma ou denominação do estabelecimento principal. Sua criação e extinção somente são realizadas e efetivadas através de alteração contratual ou estatutária, registradas no Órgão competente.

Sabe-se, desta forma, que matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas. A matriz e filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica. Destarte, poderia se afirmar ser indiferente saber qual foi o estabelecimento vencedor do certame e qual entregará os produtos e/ou serviços contratados.

No entanto, a realidade é outra, para efeitos de controle administrativo. Tudo porque a Nota de Empenho, quando da sua emissão, consta o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ da empresa que foi vencedora do certame, cujo resultado fora homologado por ato da autoridade competente.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

Como consequência dessa prática, o pagamento de despesa só pode ser efetuado no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ constante na referida Nota de Empenho, pois caso não haja conformidade entre o CNPJ do documento fiscal e o do consignado em instrumento contratual (ou documento equivalente), fica impossibilitado o *Parquet* de efetivar a liquidação e posterior pagamento da respectiva despesa.

Desta feita, a Impugnação não prospera, permanecendo sem alteração a redação do subitem 6.8 do edital.

3.1.1.6. DA EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO

A atuação da Administração Pública é norteada pelo princípio da legalidade, onde ao administrador só cabe agir em conformidade à Lei. No caso específico, a Lei n.º 12.440/2011 alterou a redação da Lei n.º 8.666/93, incluindo no artigo 29, inciso V, prevendo que a documentação relativa à regularidade trabalhista consistirá em prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante apresentação de certidão negativa.

Por conseguinte, a norma editalícia, em questão, descreve tão somente o disposto no artigo 29, inciso V, *in verbis*:

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.

De outra sorte, em que pese a ausência de menção legal ou editalícia expressa à possibilidade, **não há óbice à apresentação de Certidão Positiva com feito de negativa para os fins do art.29, V da Lei 8.666/93**, uma vez que a própria Lei nº 12.440/2011, no artigo 1º, parágrafo 2º, dispõe que a Certidão Positiva de Débitos terá os mesmos efeitos da CNDT, desde que verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa.

Em Resolução Administrativa nº 1.470, de 24.8.11, alterada pelos Atos TST.GP nº 772/11, 1/12 e 317/12, o TST regulamentou a expedição das certidões relativas aos débitos perante a Justiça do Trabalho, sendo certo que, em seus arts. 4º a 6º, **admite a comprovação desta regularidade por meio de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa – CPDT-EN.**



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Logo, será aceita para fins do art. 29, V da Lei 8.666/93, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa – CPDT-EN, portanto, não há necessidade de alteração editalícia, permanecendo mantida a redação do item impugnado.

3.1.1.7. DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

Após reexame do Edital ora impugnado, entendo **não** restar comprovada a existência de subjetividade suficiente para comprometer os princípios da imparcialidade e da isonomia, de modo a prejudicar futura escolha da melhor proposta para a Administração Pública.

Ora, o escopo primordial na exigência da qualificação técnica no instrumento convocatório é selecionar no mercado uma empresa que possua experiência compatível com o objeto (características, quantidades e prazos), demonstrando-se a capacidade administrativa-operacional suficiente para garantir a execução dos serviços advindos da futura contratação, de forma que a Administração possa ter segurança na contratação em curso.

O próprio inciso XXI, parte final, do art. 37 da Constituição Republicana determina que somente se permitam exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na mesma esteira, o inciso I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 veda aos agentes públicos, tolerar a consagração, no ato convocatório, de cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inadmitindo, portanto, exigências que estabeleçam preferências ou distinções em relação a circunstâncias irrelevantes ou impertinentes ao específico objeto do contrato.

Por derradeiro, o parágrafo 5º do art. 30 veda exigências não previstas na Lei Geral de Licitações ou quaisquer outras que inibam a participação na licitação.

Destarte, revela-se patente após análise das normas supramencionadas, que toda e qualquer exigência restritiva à competitividade ou participação no certame seria **ilegal**.

Por fim, relevante citar que tal redação é apresentada em diversos editais de licitações por diferentes unidades da federação, cite-se, como exemplo, o próprio **Tribunal de Contas do Estado do Amazonas**, em seu Edital do Pregão Presencial n.º 08/2014 (Proc. n.º 1213/2014) e 015/2014; **Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas**, no Edital do Pregão Eletrônico/SRP Nº. 029/2014-TJAM, **Tribunal de Contas**



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

da União em seus Modelos de Atestado ou Declaração de Capacidade Técnica, fazendo constar, “Atestamos (ou declaramos), ainda, que os compromissos assumidos pela empresa foram cumpridos satisfatoriamente, nada constando em nossos arquivos que o desabone comercial ou tecnicamente.”, cite-se, Edital do Pregão Eletrônico n.º 57/2014, 122/2013. Igualmente, o **Supremo Tribunal Federal**, inclusive, de objeto similar, no Pregão Eletrônico 104/2014.

3.1.1.8 DO PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL POR CÓDIGO DE BARRAS

O item 16.2 do Edital prevê que o pagamento será creditado em conta corrente, por meio de ordem bancária, efetuado mediante apresentação de nota fiscal/fatura atestada e visada pelos órgãos de fiscalização e acompanhamento do fornecimento do material, no prazo não superior a 30 (trinta) dias, contados a partir do atesto da Administração na fatura apresentada.

Sabe-se que são modalidades de **ordem bancária: crédito em conta corrente** ou **pagamento de fatura com código de barras**. Desta forma, não há que se falar em exclusão da possibilidade de realização de pagamento mediante ordem bancária do instrumento convocatório, tendo em vista o pagamento por meio de faturas se refere a uma das modalidades de ordem bancária.

Dito isto, não se vislumbra divergência ao estabelecido pela Anatel, permanecendo inalterada a redação original da cláusula décima quarta da minuta do contrato. Em resumo, não dou provimento ao pedido da Impugnante.

3.1.1.9 INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE.

Uma das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo diz respeito a fiscalização contratual⁴. Essa fiscalização, dentre outras formas de contrato, inclui o da regularidade fiscal. Ou seja, o particular ao celebrar contrato com a Administração Pública deverá, durante toda a execução deste, manter-se regular com o fisco.

Quis o legislador dotar o Poder Público de mecanismos eficientes quanto às obrigações fiscais do particular para com o Estado. Daí obrigar o ente administrativo exigir do contratado, por ocasião da licitação e celebração do contrato, a

4 Art. 58 da Lei 8.666/93. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

(...);

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

comprovação de que mantém seus recolhimentos fiscais em dia. Portanto, não há qualquer discricionariedade da Administração Pública em declarar vencedor na licitação ou contratar àquele que não se encontra em dia com suas obrigações fiscais, sob pena de apuração de responsabilidade do servidor que deu causa à contratação do particular inadimplente.

Sem dúvida, é mecanismo de controle eficiente que detém o Estado, já que, sem dúvida, é quem mais compra e contrata no mercado econômico nacional. Ou seja, o controle do contrato está atrelado, no ordenamento jurídico brasileiro, à regularidade fiscal da contratada, que deverá permanecer durante toda a execução do contrato.

A respeito da regularidade fiscal o TCU já decidiu que a comprovação de regularidade fiscal deve ser exigida em todas as modalidades de licitação, inclusive por dispensa ou inexigibilidade, observando que a condição de regularidade fiscal deverá ser mantida durante toda a execução dos contratos e **comprovada a cada pagamento efetuado**, conforme previsto no art. 195, § 3º, da CF/1988. (TC-014.462/2006-6, AC. 956/2007-1ª Câmara, item 1.1.8, em 20.04.2007). (sem grifo no original)

No mesmo sentido já entendeu o Tribunal Superior do Trabalho – TST, através do Enunciado 331, quando a Administração é demandada por direitos dos empregados da contratada. Tudo porque o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial, por determinação do art. 71 da Lei nº 8.666.93.

Exemplo típico é a obrigação da Administração Pública em verificar se os direitos trabalhistas dos empregados estão sendo resguardados pelo particular. A exigência de apresentação dos recibos de pagamento de salário e a apresentação dos depósitos previdenciários e de FGTS, junto ao órgão público é condição *sine qua non* para efeito de liberação de pagamento mensal devido ao contratado.

Fica cristalino que não há outra forma de agir por parte do Poder Público. Não há opção de escolha para o agente público. Trata-se de poder-dever administrativo. Isto é, o objetivo do legislador foi dotar o aparelho estatal de diversos mecanismos de controle, a fim de verificar o pagamento dos tributos por parte do particular para fins de geração de receita para o Estado e, conseqüentemente imputou ao administrador, no momento do certame e da celebração do contrato, o dever legal de exigir a regularidade fiscal do particular ao contratar com Administração Pública.

3.1.1.10. DA RETENÇÃO DO PAGAMENTO PELA CONTRATANTE



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Também é sabido que, dentre o rol de sanções administrativas dispostas no art. 87 da Lei 8.666/93, não consta a retenção de pagamento, bem como afirma o Interessado em sede de Impugnação. Mas também não pode alegar desconhecimento da lei. Afinal, sabe que a Lei Licitatória exige do contratado a regularidade fiscal desde o certame até o cumprimento final do contrato. Trata-se de imposição determinada pelo princípio da legalidade que exige do agente público sua conduta em conformidade à lei.

A disposição contratual e editalícia ora impugnada retrata cláusula exorbitante que deve prevalecer, posto que a Administração, diante de penalidade ou inadimplência da contratada, pode, e deve, reter total ou parcialmente o pagamento objetivando o adimplemento de valores pendentes. O dispositivo em voga é utilizado, a título de exemplo, nos casos de instauração de procedimento punitivo que, em tese, tem indicativo de aplicação de penalidade de multa. Nesse caso, se houver fatura pendente, poderá a Administração, antes de finalizado o procedimento punitivo, reter parte desta fatura, no limite da multa, a título de cautela, e liberar o saldo restante (arts. 86, § 3º, e 87, § 1º, da Lei nº 8.666/93).

A disposição, portanto, se coaduna com a legislação e com os princípios da supremacia do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Do mesmo modo, cumpre consignar que a matéria suscitada, de eventual irregularidade fiscal durante a execução do contrato, não possui correlação com o dispositivo contratual e editalício ora examinado. No caso de irregularidade fiscal, ou de não manutenção de alguma das condições de habilitação, cabe, como bem asseverou a empresa em suas razões, rescisão contratual e aplicação de penalidades, na forma dos artigos 78 e 87 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Portanto, demonstra-se claro, que houve uma interpretação equivocada por parte da impugnante, confundindo pendência por penalidade/inadimplência com perda de regularidade fiscal no decorrer da vigência contratual, sendo que uma permite retenção e a outra, não, na esteira do que diz a lei e a jurisprudência.

Em resumo, não cabe outra conduta à Administração Pública, razão pela qual não prospera a impugnação do Interessado.

3.1.1.11. DO PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

Passando a análise do item impugnado, deve-se fazer menção ao disposto no art. 76 da Lei 8666/93, abaixo transcrito:

Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Por conseguinte, em estrita observªncia ao mandamento legal supracitado, pode-se concluir que a Administraªo **nªo** sªo pode como deve exigir a correªo da nota fiscal controversa, somado ao fato de que as normas financeiras vigentes em matªria de pagamento determinam que a despesa incorreta sequer poderª ser liquidada.

ª oportuno esclarecer que a norma editalªcia, neste caso, ª revestida de “valor abstrato”, com o intuito de reforar a atenªo do servidor responsªvel quanto a regular “liquidaªo da despesa”, procedimento este formado por todos os atos de verificaªo e conferªncia, desde o fornecimento do bem ou execuªo da obra ou prestaªo dos serviªos, conforme ajustado, atª a apuraªo do valor devido e a quem se deve pagar, somente existindo obrigaªo de pagar apªs a conclusªo dessa fase.

Soma-se a isto, o fato de que os possªveis erros contidos em Nota Fiscal/Fatura (documento fiscal) podem ser de diversas naturezas, o que acarretaria efeitos em diversas esferas, em especial a administrativa e fiscal. Assim, faz-se mister que todos esses requisitos exigidos por normas e, por isso, obrigatªrios ª emissªo da Nota Fiscal/Fatura estejam presentes, de forma correta, para que o pagamento possa ser feito pela Administraªo.

Desse modo, o documento basilar para os registros comprobatªrios da despesa e de pagamento ª o Documento Fiscal (Nota Fiscal/Fatura), a qual serª anexada ao processo, por exigªncia legal.

Por sua vez, caso o documento fiscal apresente erro, o mesmo nªo terª validade jurªdica para respaldar o procedimento, podendo ser, inclusive, objeto de questionamento pelos sistemas de controle da Administraªo Pªblica (Tribunal de Contas, por exemplo), razªo pela qual se faz necessªria a sua retificaªo, antes da efetivaªo do pagamento.

Alªm disso, resta-se evidente que nªo ª correto falar em “retenªo indevida” pela Administraªo, uma vez que a eventual contestaªo aos valores e demais condiªoes da Nota Fiscal serª sanada por meio de sua retificaªo, momento no qual poderª ser considerado devido pela Administraªo. Em outros termos, o dever de adimplemento da Administraªo inicia-se com a cobranªa na sua forma adequada, inexistindo-a, nªo gera obrigaªo para a Administraªo.

Por final, nªo pode existir a inversªo de papªis, posto que a supremacia do interesse pªblico pertence ª Administraªo e nªo ao particular, nªo podendo a Administraªo ficar sujeita a pagamentos indevidos ou a estabelecimento de procedimentos administrativos que beneficiem ou favorecem ao contrato, mas em total consonªncia das regras de direito financeiro que regem a Administraªo, previstos na Lei n.º 4.320/64, que estabelece o seguinte:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissª o Permanente de Licitaª o

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

I - a importância exata a pagar; (Vide Medida Provisória nº 581, de 2012)

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Art. 64. A ordem de pagamento é o despacho exarado por autoridade competente, determinando que a despesa seja paga.

Sendo assim, resta-se claro que as regras editalícias não são desarrazoadas e serão mantidas, devidamente salvaguardados nos princípios e mandamentos legais vigentes e aplicáveis à espécie ora expostos.

Desse modo, a pretensão da Impugnante **não** se sustenta.

3.1.1.12. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Note-se que o dispositivo vergastado apresenta consonância à legislação de regência, a saber, o art. 86 e 87 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, **na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.**

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; (grifei).

Portanto, não procedem os argumentos da Impugnante, haja vista que se insere no âmbito discricionário da Administração o estabelecimento da base de cálculo das multas sendo que, no instrumento convocatório, está previsto que a inexecução total ou parcial e a execução precária do contrato ensejará aplicação de penalidade, após o regular processo administrativo, observando, pois, as formalidades legais, especialmente do contraditório e da ampla defesa, visando assim prover a execução do contrato de maior garantia.

Observe-se que a lei remete ao ato convocatório ou ao contrato o tratamento devido, pelo que interessa ao deslinde da questão, à sanção de irregularidade e ao atraso injustificado no cumprimento do objeto. Assim, este Órgão tão somente se utilizou de sua prerrogativa para definir o percentual da multa que recairia sobre a empresa em caso de não execução do objeto, atraso na execução ou execução incorreta, conforme determina o artigo 86 da citada Lei.

Cumpra ainda realçar que, no exercício do seu mister sancionatório, a Administração deve pautar sua atuação perante o panorama constitucional, respeitando-se a legalidade estrita, a tipicidade, o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Desse modo, as multas, por respeito ao princípio da razoabilidade, não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional tendo como fim específico resguardar o patrimônio público. A Administração Pública tem ao seu dispor as cláusulas exorbitantes, a fim de implementar a realização do interesse público fundamentado na eficiente prestação dos serviços por ela contratados.

Muito embora se compreenda o inconformismo da impugnante, entendo inexistir excesso na exigência contratual combatida. Observe-se que a Administração teve o cuidado de impor penalidades por descumprimento contratual com grau equivalente ao não cumprimento da obrigação, em homenagem, assim, o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Assim, não há que se falar em penalidades excessivas, desproporcionais como alegado pela impugnante.

De outra sorte, é sabido que os serviços de internet são de suma importância para que o Ministério Público do Estado do Amazonas atinja seus objetivos



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

institucionais, prestando devidamente um serviço de grande relevância para toda a sociedade, por isso seu caráter essencial, devendo, portanto, haver a continuidade do serviço, razão pela qual justifica-se o percentual da multa aplicada em razão de eventuais irregularidades praticadas pela Contratada.

Deve-se ressaltar que “As sanções previstas nos itens I, III e IV desta cláusula poderão ser aplicadas juntamente com a do item II, facultada a defesa prévia do interessado, por escrito, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”, de acordo com a cláusula décima oitava, parágrafo terceiro do Instrumento Contratual, parte integrante do Edital.

Além disso, o art. 58, incisos III e IV da Lei 8.666/93 possibilita a fiscalização contratual e assegura a prerrogativa da Administração de aplicar sanções sempre que descumpridas as execuções contratuais, devidamente apurado.

Nesse pensamento, veja-se que os percentuais e a base de cálculo estabelecidos no instrumento convocatório em liça em nada extrapolam os critérios de razoabilidade e/ou proporcionalidade, já que não raro, aliás, comumente, as Instituições Públicas licitantes estabelecem percentual de multa muito mais severo para a hipótese de inexecução contratual, tomando como base de cálculo, igualmente, o valor total do contrato, *verbi gratia*, o **EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 018/2016, do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, cujo objeto se refere à contratação de fornecimento de solução de rede local sem fio, compreendendo o fornecimento de pontos de acesso.

Ademais, imprescindível consignar que o **Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Particular** preceitua que a Administração Pública deve atuar em prol do interesse da coletividade, o qual não poderá ser preterido ao conflitar com a proteção exclusiva de um interesse particular, ou seja, possui o condão de reprimir condutas lesivas à Administração, sendo no primeiro plano, uma forma preventiva a inexecução do contrato administrativo, e por segundo plano, caráter compensatório em razão de possíveis perdas e danos diretos.

Cabe fazer menção, igualmente, ao art. 412 do Código Civil⁵ que estabelece que o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação legal. As penalidades (multas) admitidas em contratos são da espécie moratória ou compensatória, onde a primeira é devida em caso de inadimplemento contratual por mora (atraso) no cumprimento das obrigações e a segunda referente ao inadimplemento capaz de ocasionar rescisão parcial ou total do contrato acordado.

A fundamentação da previsão editalícia respalda exatamente o caráter compensatório das sanções. Em outras palavras, as hipóteses previstas, referem-se

⁵ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

à possibilidade de rescisão unilateral do contrato pelo Poder Público, tendo por base o limite das multas, sendo o valor do contrato. Contratos Administrativos, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são espécies de contratos de adesão, exibindo a quem adere todas as condições que devem ser cumpridas não cabendo questionar, principalmente nos itens questionados, qualquer infringência ao princípio da proporcionalidade já que se trata, de modo genérico, de questões de fraude, inadimplemento ou inexecução parcial ou total.

Assim, considerando a necessidade imediata da disponibilização do serviço e ainda por está assegurado a CONTRATADA a possibilidade da não aplicação das multas e demais penalidades quando devidamente justificada o descumprimento das obrigações, considerando, ainda, que não há possibilidade jurídica de relativização da cláusula de cálculo de penalidades constantes no edital, entende este Pregoeiro ser improcedente o pedido feito pela impugnante.

Em vista disso, permanecem inalteradas as disposições do Edital.

3.1.1.13 DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

A TELEMAR insurge-se contra a redação do item 19.4.3 do edital, do item 11.4.2 do Termo de Referência e da Cláusula Décima Nona do objeto contratual que determinam:

19.4.3. multa de 30% (trinta por cento), pela inexecução parcial ou total do contrato, sobre o valor total da contratação, cumulativamente, ou não, com outras sanções;

[...]

11.4.2 No caso de **inexecução total ou parcial** do objeto contratado, ou quando, sem justificativa aceita pelo CONTRATANTE, o vencedor não retirar a Nota de Empenho, a Autorização de Fornecimento de Materiais/Serviço ou não assinar o contrato deixando, assim, de cumprir os prazos fixados, sem prejuízo das demais sanções previstas, será aplicada à CONTRATADA multa de até 30% (trinta por cento) sobre o valor total do Contrato;

[...]

CLÁUSULA DÉCIMA NONA – DO ACORDO DE NÍVEL DE SERVIÇO:

A **CONTRATADA** fica obrigada a observar as seguintes condições definidas no Acordo de Nível de Serviço a seguir:

1. Os conceitos de qualidade de atendimento serão definidos conforme a tabela a seguir:

Note-se que os dispositivos vergastados apresentam consonância à legislação de regência, a saber, o art. 87 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

“Art.87. **Pela inexecução total ou parcial do contrato** a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;" (grifei).

Portanto, não procedem os argumentos da Impugnante, haja vista que se insere no âmbito discricionário da Administração o estabelecimento da base de cálculo das multas sendo que, no instrumento convocatório, está previsto que a inexecução total ou parcial e a execução precária do contrato ensejará aplicação de penalidade, após o regular processo administrativo, observando, pois, as formalidades legais, especialmente do contraditório e da ampla defesa.

Observe-se que a lei remete ao ato convocatório ou ao contrato o tratamento devido, pelo que interessa ao deslinde da questão, à sanção de irregularidade e ao atraso injustificado no cumprimento do objeto.

Cumpra ainda enfatizar que, no exercício do mister sancionatório, a Administração deve observar o panorama constitucional, respeitando-se a legalidade estrita, a tipicidade, o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Nesse pensamento, veja-se que os percentuais e a base de cálculo estabelecidos no instrumento convocatório em nada extrapolam os critérios de razoabilidade e/ou proporcionalidade, já que não raro, aliás, comumente, as Instituições Públicas licitantes estabelecem percentual de multa igual ou mais severo para a hipótese de inexecução contratual, tomando como base de cálculo, igualmente, o valor total do contrato, *verbi gratia*, o **EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 18/2016, do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, alhures referido.

Assim, permanecem inalteradas as disposições do Edital.

3.1.1.14. DO REAJUSTE DOS PREÇOS E DAS TARIFAS

Da análise do item 20.11 do Edital e da Cláusula Décima Terceira da Minuta do Contrato, infere-se que não há divergência aos ditames da ANATEL, bem como da Lei Geral de Licitações e Contratos, considerando que, em caso de prorrogação, será levado em consideração as tarifas da ANATEL, reajustando na forma e data-base estabelecidas por esta Agência, mediante a incidência do Índice de Serviços de Telecomunicações (IST), observando-se sempre intervalo não inferior a 12 (doze) meses entre as datas-base dos reajustes concedidos.

Ademais, o item 20.11 dita que o índice de reajuste será aquele homologado pela ANATEL, órgão regulador do Governo Federal, ou outro que venha substituí-lo.

O mesmo procedimento se aplicará caso o órgão regulador venha a



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

determinar a redução de tarifas. Desta feita, não procede a Impugnação da Interessada quanto a este tema, sendo descabida, portanto, a imposição de índice diverso pela futura contratada.

3.1.1.15. DO PRAZO PARA REPARO

A Diretoria de Tecnologia da Informação e Comunicação – DTIC, no documento – Informação n.º 050.2014.DTIC.897526.2013.42105, respondeu a igual pedido de esclarecimentos da seguinte forma:

Serão mantidas as 4 (quatro) horas de Acordo de Nível de Serviço para restabelecimento dos serviços, devendo a licitante orçar seus serviços com atenção ao SLA solicitado.

A necessidade de reparo no prazo estabelecido, decorre do fato de que os serviços de internet são de suma importância para que o Ministério Público do Estado do Amazonas realize seus objetivos institucionais. De fato, é essencial o contínuo acesso à internet para que a instituição exerça com efetividade seu mister perante a sociedade, mormente a virtualização dos processos judiciais e procedimentos administrativos internos.

3.1.1.16. DA CONFIDENCIALIDADE DAS INFORMAÇÕES TRAFEGADAS

Com relação à impugnação a Cláusula Oitava, item 6 da Minuta do Contrato, que prescrevem o dever da contratada de *“guardar inteiro sigilo dos serviços contratados e dos dados processados, bem como de toda e qualquer documentação gerada, reconhecendo serem esses de propriedade e uso exclusivo da **CONTRATANTE**, sendo vedada sua cessão, locação ou venda a terceiros”*, a Impugnante pleiteia sua modificação para fazer constar expressamente a previsão da exceção de violação por determinação judicial, o que, **não** merece prosperar.

A inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas encontra-se no rol dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, sendo que, de fato, a exceção mencionada pela Empresa/Impugnante se encontra expressamente prevista no Art. 5º, inciso XII, a saber:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Neste contexto, considerando-se que a Magna Carta já prevê a única



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comiss^a o Permanente de Licita^ã o

hipótese de exceção à regra da inviolabilidade, desnecessária a alteração do termo de Referência ou da minuta de contrato para fazer constar tal previsão, uma vez que, diante do caso concreto, o sigilo de dados e de informações correlatos seria rompido por força de ordem judicial amparada pela norma constitucional, independentemente de previsão em contrato e, principalmente, sobrepondo-se a este.

3.1.1.17. DO REPASSE INDISCRIMINADO DE DESCONTOS E VANTAGENS

Já devidamente respondido no item 3.1.1.14 desta Decisão.

3.1.1.18. DA GARANTIA À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Quanto ao tema, esclarecemos que o atraso no pagamento em decorrência de ato da própria Administração tem como consequência a aplicação apenas de compensação financeira referida na alínea “d” do inciso XIV do art. 40 da Lei 8.666/93, POSTO QUE, expressamente, apenas se refere aos casos de atrasos de pagamento, quando deverá ser prevista a forma de ressarcir o contratado pelo inadimplemento injustificado e ocasionado exclusivamente por culpa da Administração.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União, na Decisão n.º 392/1993, da Segunda Câmara, infra:

10. [...] o Tribunal tem orientado aos órgãos da administração direta e indireta, de forma reiterada, **para que não efetuem pagamento de multa sobre as contas em atraso às empresas prestadoras de serviços públicos, por falta de base legal.** Da mesma forma, esta Corte tem alertado àqueles órgãos no sentido de observarem rigorosamente os prazos para os pagamentos das obrigações pactuadas, evitando causar danos financeiros aos fornecedores.

Decisão

A Segunda Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

b) adote providências com vistas a **suprimir, através de termo aditivo, cláusula que estabeleça multa por atraso no caso do contrato firmado com a [omissis], por falta de amparo legal** e reiteradas Decisões do Tribunal em casos análogos; (g.n.)

Por outro lado, a Portaria nº 1960/96 do Ministério das Comunicações, de 06 de dezembro de 1996 limita o percentual máximo para atraso de pagamento de conta a 2% (dois por cento) do valor da conta ou fatura, conforme estabelece o art. 1º, *in verbis*:

Art. 1º A multa por atraso de pagamento de conta ou fatura de prestação de Serviços Públicos de Telecomunicação a seguir relacionadas está limitada ao percentual máximo de 2% (dois por cento) do valor da conta ou fatura, devida, uma única vez no dia seguinte ao vencimento.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

Cumprido, ainda, esclarecer que este *Parquet* segue orientação da Instrução Normativa nº 02/2008 que norteia toda administração federal em relação a contratação de serviços, continuados ou não, por órgãos ou entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Dispõe o § 4º, Art. 36, da referida Instrução que na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser acrescido dos encargos moratórios de acordo com a fórmula estabelecida no parágrafo oitavo, da cláusula Décima Segunda da Minuta de Contrato.

Coaduna-se, desta forma, plenamente o edital à Portaria n.º 1960/96, do Ministério das Comunicações, posto que esta estipula, tão somente, limite de percentual máximo para multa por atraso de pagamento de conta a 2% (dois por cento) do valor da conta ou fatura.

Em outra manifestação, o Tribunal de Contas da União, Acórdão n.º 1.334/2002-TCU, reafirmou que *“é vedada a incidência de correção monetária nos casos de atrasos de pagamento ocasionados por culpa exclusiva da Administração”*.

Portanto, a penalização em caso de atraso no pagamento já está contemplada conforme disposto no parágrafo oitavo, da cláusula Décima Primeira da Minuta de Contrato do Edital, assim fica mantido o texto original.

Assim não procedem as razões da impugnação.

3.1.1.19 DO VALOR DA GARANTIA

Insurge-se a pretensa licitante quanto ao percentual exigido a título de garantia contratual, para ao final requerer que o índice exigido não corresponda ao limite de 5% (cinco por cento).

Em relação ao tema, trago ao lume, a orientação do Egrégio Tribunal de Contas da União relacionada à previsão de “Garantia Contratual”:

A Administração pode exigir prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, para assegurar a execução do contrato e evitar prejuízos ao patrimônio público.

A exigência de garantia é uma faculdade atribuída à Administração, que deve avaliar sua necessidade de acordo com a complexidade do objeto do contrato.

[...]

A garantia só será exigida se estiver prevista no ato convocatório e será devolvida após executado o objeto do contrato.

[...]

No caso de garantia prestada em dinheiro, a devolução será feita após devidamente atualizada. Por isso, sugere-se que o valor correspondente seja



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

depositado em caderneta de poupança⁶.”

No caso específico, o *Parquet* esclarece que, conforme já exposto, resolveu estabelecer o percentual da garantia no patamar exigido devido a essencialidade do serviço a ser prestado, visando evitar possível descontinuidade do serviço.

De igual modo não prevalecem as razões da requerente.

3.1.1.20. DOS ASPECTOS TÉCNICOS DO EDITAL

Irresignada com o prazo para o envio da proposta ajusta ao lance, prevista no item 6.11, pugna a empresa pelo aumento do prazo para 04 (quatro) horas, arguindo que precisará reajustar sua proposta realizando cálculos e redistribuindo os valores através dos itens do certame. Entretanto, não prospera a irrisignação, pois em licitações realizadas por esta PGJ com maior número de itens também é ofertado o mesmo prazo, não tendo sido avocado qualquer prejuízo por conta do prazo oferecido pelos participantes.

No caso concreto, a licitante terá que ajustar os valores em apenas 06 (seis) itens, constantes na tabela prevista no item 6 do Termo de Referência, plenamente possível no prazo oferecido.

Quanto aos demais itens, instada se manifestar sobre este aspecto, o Setor Técnico responsável pela elaboração do Termo de Referência, prestou os devidos esclarecimentos solicitados pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A, através da **INFORMAÇÃO Nº. 039.2016.DTIC.1088596.2016.5570**, quanto ao Pregão Eletrônico n.º 4.017/2016-CPL/MP/PGJ, conforme a seguir:

Trata-se de impugnação ao sobredito edital de impugnação interposto pela **TELEMAR NORTE LESTE S/A**. Instada a se manifestar quanto aos aspectos técnicos impugnados, esta Diretoria tem a esclarecer:

1) Do prazo para entrega/disponibilização dos serviços

O prazo de 30 (trinta) dias para instalação e disponibilização do link tem sido o adequado para atender aos interesses da Administração, tendo sido prática bem-sucedida pela Administração.

2) 2.7.7 Oferecer Registro de Domínio Reverso;

2.7.8 Possibilidade de prover serviço de hospedagem para DNS secundário;

A condição do item 2.7.7 é requisito técnico essencial atender aos interesses institucionais. Quanto ao item 2.7.8, trata-se de possibilidade de hospedagem do serviço, não obrigatória no momento.

6 <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PSxiM1anjKUU:www.audin.mpu.gov.br/bases/pareceres/DJL014resptribalistaPRT22.doc+garantia+contratual+devolu%C3%A7%C3%A3o+dinheiro+licita%C3%A7%C3%A3o+AGU&hl=pt-BR&gl=br> Acessado em 29.2.2012



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

Comissão Permanente de Licitação

3) 2.7.10 Os índices de latência, perda de pacotes, taxa de erro e disponibilidade do serviço deverão atender aos valores expressos abaixo:

2.7.17 A CONTRATADA deverá habilitar no(s) roteador(es) o protocolo SNMP, disponibilizando neste(s) uma comunidade SNMP com acesso de leitura e permitir a configuração de “traps” por parte da Procuradoria-Geral de Justiça do Amazonas;

Os itens impugnados são requisitos técnicos essenciais para a consecução dos objetivos institucionais, não se tratando de cláusula restritiva, pois foi submetido a ampla pesquisa de mercado, e mais, tem sido prestado com sucesso e folga pela atual Contratada.

4) 6.2 A proposta deverá apresentar o valor global para a execução dos serviços, incluídos mão de obra, insumos, consumíveis e equipamentos necessários para a plena execução do objeto contratado, bem como todos os custos relativos a impostos, taxas, mão de obra, encargos sociais, transporte, prêmios de seguro, acidente de trabalho e emolumentos decorrentes da obrigação assumida, excluindo a PGJ/AM de qualquer solidariedade.

Como diz o item 6.2 do termo de referência, no valor mensal do serviço deverão ser incluídos os valores de mão de obra, insumos, consumíveis e equipamentos necessários para a plena execução do objeto, não sendo de interesse demonstrar a composição dos custos.

3.2. RAZÕES DE DECIDIR DA EMPRESA EYES NWHERE SISTEMAS INTELIGENTES DE IMAGENS LTDA

Pugna a pretensa licitante pelo esclarecimento quanto a existência da diferença na forma de lançar os valores do processo na planilha do Comprasnet e na proposta de preço do Órgão, ao final pergunta se poderá diluir o valor da instalação nos 12 meses que são solicitados pelo Comprasnet.

A licitante deverá considerar os custos de instalação em sua proposta, caso existam, portanto é pertinente considerá-lo no **preço global** da proposta e destacá-lo na planilha referida no item 6 do Termo de Referência, a ser remetida quando da convocação pelo pregoeiro, assim a resposta à licitante é **SIM**.

Resumindo, a sessão tem o condão de obter a melhor proposta global de preço. Ao final, quando do envio da proposta final ajustada ao lance ofertado, a licitante deverá realizar o detalhamento estabelecido na citada tabela, destacando o valor mensal do serviço em um campo e o custo da instalação de cada *link*, caso exista, nos campos respectivos.

Deste modo, reputamos esclarecida a indagação.



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça
Comissão Permanente de Licitação

4. CONCLUSÃO

Muito embora seja direito de todo licitante impugnar o edital naquilo que contrarie a lei, observa-se que as impugnações, à exceção daquelas diretamente relacionadas à especificação do objeto, tratam-se meramente de atos protelatórios que não se sabe a que objetivo se prestam.

Considerando ser esta a sexta manifestação da pretensa licitante, arguindo, praticamente, as mesmas razões de impugnação vergastadas em outras oportunidades, por este e outros entes da Administração Pública, ora reiteradas, recebo o pedido de esclarecimento/impugnação feitos pela empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A (OI), CNPJ 33.000.118/0001-79, **negando o efeito suspensivo**, e, no mérito, **INDEFERIR** as razões de impugnações ao Edital do Pregão Eletrônico n.º 4.007/2016 – CPL/MP/PGJ.

Ademais, reputamos esclarecido o questionamento da empresa EYES NWHERE SISTEMAS INTELIGENTES DE IMAGENS LTDA quanto ao preenchimento da planilha referida no item 6 do Termo de Referência.

O teor da presente decisão não afeta a formulação das propostas por parte das empresas interessadas, conforme preleciona o artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual **mantém-se a realização do cotejo na data original, conforme publicação oficial, a fim de dar-se prosseguimento aos demais atos providenciais.**

É a decisão.

Manaus, 29 de abril de 2016.

Cleiton da Silva Alves
Pregoeiro – Portaria n.º 347/2016/SUBADM