



Senhora Diretora,

Os presentes autos versam sobre a contratação dos serviços de conexão com a internet de 30 Mbps full duplex, gerenciamento de rede wireless, segurança de acesso à internet UTM e suporte técnico e garantia de equipamentos WI-FI.

O procedimento licitatório encontra-se em sua fase externa. Houve publicação do Edital, com a devida publicidade, através do DJERJ, de jornal de grande circulação (O Dia) e do Site da EMERJ.

A sessão inaugural foi marcada para o dia 13/10/2016, às 13.00h. No entanto, houve apresentação de impugnação ao edital e, por este motivo, a sessão inaugural está suspensa *sine die*, conforme documentação de 208/210.

A empresa Telemar Norte Leste S.A. apresentou impugnação de fls. 179/196, requerendo a alteração do instrumento convocatório, no que se refere ao subitem 4.19 do Edital, que determina que o Pregoeiro verifique se há penalidade vigente impeditiva à participação dos licitantes no certame, mediante consulta ao Portal da Transparência e ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa, nos termos do acórdão nº 1.793/2011, do Tribunal de Contas da União.

Alega que, da leitura do dispositivo, tem-se a impressão de que, uma vez consultado o referido cadastro, na hipótese de haver qualquer penalidade ali inscrita, isto tornará a empresa impedida de participar do certame.

Em seguida, discorre sobre o alcance do art. 87, III, da Lei 8.666/1993, ressaltado, com base na doutrina e na jurisprudência do TCU, que os efeitos jurídicos da sanção de suspensão prevista no art. 87, III, estão adstritos ao âmbito do Órgão que a aplicou.

Por fim, requer a exclusão ou adequação do item atacado.

O item 7.2, alíneas "a" e "b" do edital também são objeto de impugnação pela licitante.

Alega a mesma que a disciplina estabelecida no referido item colide com o disposto no art. 29 da Lei 8.666/93.

Em seguida, faz distinções entre matriz e filial, para ao final concluir que matriz e filial são componentes de uma mesma Pessoa Jurídica, e, por este motivo, é possível a matriz participar da licitação e a filial prestar o serviço, motivo pelo qual requer a exclusão do item 7.2, alíneas "a" e "b" do

Edital, para que seja obedecida ao que a licitante chama de alternatividade prevista no artigo 29 da Lei nº 8.666/93.

A empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A questiona também os itens 7.4.1, alíneas “a”, “g” e “h” e o item 7.4.2, alínea “a” do Edital, que tratam de comprovação de qualificação técnica e exigem a comprovação de que os serviços tenham sido prestados de forma satisfatória.

Cita o art. 30, § 1º, I, e § 5º da Lei 8.666/1993, para afirmar que a Lei não admite a adoção de critérios subjetivos para a comprovação da capacidade técnica, exigindo apenas que o atestado apresentado evidencie a sua compatibilidade com o serviço licitado e não o grau de satisfatoriedade na sua execução.

Por fim, requer a adequação do item 7.4.1, alíneas “a”, “g” e “h” e do item 7.4.2, alínea “a” do Edital, para que a exigência da comprovação de capacidade técnica restrinja-se à comprovação da existência de compatibilidade do objeto a ser licitado.

A ora impugnante solicita alteração também do item 10.3 e da cláusula nona da minuta de contrato, que estipulam que a garantia a ser apresentada deverá corresponder ao percentual de 5% (cinco por cento) sob o valor do contrato. Alega que a exigência de garantia equivalente ao percentual máximo permitido em Lei não é razoável e requer a modificação do item 10.3 do Edital e da cláusula nona de minuta do contrato, para que a garantia exigida não corresponda ao limite máximo de 5% (cinco por cento).

A alínea “b” do item 12 do edital e a cláusula décima primeira, alínea b, da minuta de contrato, que tratam da penalidade de multa, são objeto de impugnação pela TELEMAR NORTE LESTE S/A. Segundo a impugnante, a previsão da sanção fere o princípio da proporcionalidade, ponderando que o edital passe a prever o limite de 10% sobre o valor do contrato, ao invés de até 20%, como disciplinado no Edital e no anexo da minuta de contrato.

Ainda em relação à aplicação de multas, argumenta a impugnante que o Edital e a minuta de contrato não fazem distinção quanto às penalidades aplicadas, nos casos de inexecução total ou parcial do contrato, e, por isso, solicita alteração do texto do edital da minuta de contrato para que prevejam como base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do contrato.

Em relação ao item 13.1.1, insurge-se a impugnante contra a exigência de apresentação da comprovação de regularidade tributária social/trabalhista, mensalmente, no momento da apresentação da nota fiscal, relativa aos serviços prestados, para pagamento. Alega que a mencionada disciplina viola os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade, da Legalidade e ainda, o princípio da fé pública, inerente aos documentos públicos, motivo pelo qual requer a alteração da redação do item 13.1.1, para que a regularidade fiscal da empresa não seja cobrada mensalmente.

Ainda de acordo com a impugnante, o edital deve ter alterada a redação do subitem 13.2, que prevê a suspensão da contagem do prazo de pagamento, no caso de irregularidades do documento fiscal, por culpa do contratado. De acordo com a ora impugnante, o texto do instrumento convocatório deve prever a possibilidade de pagamento da parcela incontroversa e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

A impugnante requer a aplicação do IGP-DI (FGV) para correção do valor devido, juros de mora na ordem de 1% ao mês, e, além disso multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso. O item 13.3 do Edital e a cláusula sétima, parágrafo segundo, da minuta de contrato estabelecem que, nos casos de atraso no pagamento não ocasionados pela contratada, o valor devido será corrigido, com a aplicação do IPCA, acrescendo-se ainda ao valor original da parcela devida o encargo moratório de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Requer ainda a exclusão do item 13.5, que prevê a possibilidade de desconto nas faturas mensais por antecipação do pagamento.

A impugnante insurge-se ainda contra o item 15.2, alínea "a" do Edital que estabelece que não serão admitidas na licitação pessoas suspensas do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública em geral e requer a alteração da redação da alínea "a", do item 15.2, para que seja vedada a participação apenas de empresas suspensas de licitar e impedidas de contratar com a Administração que está realizando a licitação.

A empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A impugna a cláusula quarta, parágrafo primeiro da minuta de contrato que estabelece que a Contratada declara aceitar, integralmente, todos os métodos e processos de inspeção, verificação e controle a serem adotados pela Contratante e requer que a redação do item seja alterada para que fique expresso que os métodos e processos de inspeção, verificação e controle a serem adotados pela Contratante deverão ser relacionados tão somente a execução do contrato.

Por fim, a impugnante requer a adequação da cláusula quinta, parágrafo primeiro da minuta de contrato, de modo que a Contratada possa reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do contrato, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI.

Feito um breve relatório sobre os pontos impugnados pela Sociedade Empresária TELEMAR NORTE LESTE S.A., passaremos ao enfrentamento dos mesmos.

1) SOBRE A EXIGÊNCIA DE CONSULTA DE DETERMINADOS CADASTROS NÃO PREVISTOS EM LEI

Nos termos do Item 4.19 do Edital nº 08/2016, as consultas ao Portal da Transparência e ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa serão realizadas para que seja verificado pelo Pregoeiro se o licitante possui sanção vigente, com base no inciso IV, do art.

87, da Lei 8.666/93, aplicada por órgão ou entidade da Administração Pública Brasileira ou sanção vigente aplicada por órgão ou entidade da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, com base no art. 7º da Lei 10520/02. Será mantida a redação original do item 4.19.

2) INEXISTÊNCIA DE APLICAÇÃO DA ALTERNATIVIDADE ESTABELECIDAS NOS INCISOS II e III DO ART. 29 DA LEI DE LICITAÇÕES

Sob o ponto de vista do Direito Civil, a pessoa jurídica é una, ainda que seja constituída por uma série de estabelecimentos localizados em locais diversos (que poderão manter relação de matriz e filiais). Entretanto, sob a ótica tributária, constituem estabelecimentos diversos, configurando domicílios fiscais distintos, sendo atribuído a cada qual um CNPJ próprio.

Essa diferenciação sob o prisma do Direito Tributário não descaracteriza a unicidade da personalidade jurídica instituída e consagrada pelo Direito Civil. Vale dizer, não se confunde a pessoa jurídica (licitante) com os seus estabelecimentos empresariais (matriz e filiais).

Sob este enfoque, quem celebra o vínculo contratual, por meio do qual assume direitos e obrigações em face da Administração Pública, é a pessoa jurídica, e não um de seus estabelecimentos específicos. Por conta disso, a rigor, a execução do ajuste pode ocorrer por qualquer dos estabelecimentos da pessoa jurídica contratada.

Para tanto, exige-se a demonstração de ausência de prejuízo à manutenção das condições de habilitação, especialmente pelo estabelecimento que executará o contrato. Isso porque, para efeito de habilitação jurídica, qualificações técnicas e econômica, regra geral, os documentos da pessoa jurídica alcançam todos os seus estabelecimentos, mas no que diz respeito à regularidade fiscal, a depender da localização da matriz e das filiais, é possível que os documentos necessários para essa comprovação sejam específicos para cada estabelecimento.

Em raciocínio similar, o Plenário do TCU, no Acórdão nº: 3.056/2008, entendeu que tanto a matriz, quanto a filial, podem participar de licitação e uma ou outra pode realizar o fornecimento, haja vista tratar-se da mesma pessoa jurídica, atentando-se, todavia, para a regularidade fiscal da empresa que fornecerá o objeto do contrato, a fim de verificar o cumprimento dos requisitos de habilitação.

Sendo assim, quando um dos estabelecimentos que constituem a pessoa jurídica participa da licitação, todos os demais que a integram estão aptos a executar as obrigações contratuais. Contudo, para tanto, deverão ser observados 02 (dois) requisitos:

- a) Caso o contrato venha a ser executado por estabelecimento diverso daquele que licitou, o mesmo também deverá comprovar que sua situação fiscal é regular.
- b) Além disso, apesar de matriz e filial comporem uma mesma pessoa jurídica, a emissão da nota fiscal deve levar em conta o

estabelecimento que efetivamente executa o contrato com a Administração, uma vez que tais aspectos são de natureza fiscal/tributária, campos em que há peculiaridades distintas para cada estabelecimento empresarial.

Assim, as redações das alíneas “a” e “b”, do item 7.2 não violam a disciplina estabelecida no artigo 29 da Lei 8.666/93 e seus inciso, motivo pelo qual a mesmas serão mantidas.

3) EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA.

Os itens 7.4.1, alíneas “a”, “g” e “h” e 7.4.2, alínea “a” do Edital serão objeto de alteração para exclusão do termo “satisfatoriamente”.

4) VALOR DA GARANTIA

O percentual de 5% de garantia contratual previsto no item 10.3 do Edital e na Cláusula Nona da Minuta do Contrato, encontra-se dentro das limitações legais, nos termos do artigo 56, § 2º, da Lei 8.666/93, assim como na esfera de discricionariedade da Administração, intrinsecamente associado à importância, à natureza e à finalidade do objeto licitado.

5) DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Aqui a impugnante incorre em equívoco, já que a fundamentação legal utilizada teve como base o Decreto nº 22.626/33 e a MP 2.172/01, que tratam, na verdade, de juros nos contratos, especificamente taxas de juros estipuladas acima do legalmente permitido. Ademais, no que concerne à limitação da multa, a uma, esta previsão encontra amparo nos artigos 408 e 412 do Código Civil, 226, inciso I, da lei Estadual 287/79, e 87 do Decreto Estadual 3.149/80; a duas, como bem salienta o insigne jurista Marçal Justen Filho, “ quando alguém se dispuser a participar de uma licitação ou realizar contratação administrativa, passará a subordinar-se a regime jurídico muito mais severo do que o aplicável ao cidadão comum”. Desta forma, não há o que ser alterado no item 12.2, alínea “b”, do Edital e da Cláusula Décima Primeira, alínea “b”, da Minuta de Contrato.

6) DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

Aqui, igualmente, não há que se falar em necessidade de alteração do item 13.1 do Edital e da Cláusula Sétima da Minuta do Contrato, já que obviamente, a multa a ser aplicada será graduada e fundamentada, com a razoabilidade necessária, de acordo com reprovabilidade do caso concreto, sendo o valor global do contrato apenas a referência, o que não abala, sobremaneira, a proporcionalidade da sanção.

7) DA INDEVIDA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE MENSALMENTE

O item 13.1.1 do Edital está em perfeita consonância com o estabelecido nos artigos 55, inciso XIII, da lei 8.666/93 e 195, § 3º, da Constituição Federal, assim como encontra guarida na jurisprudência consolidada do TCU: “Ementa TOMADA DE CONTAS. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. LICITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL. PREGÃO PARA BENS E SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. PROVIMENTO PARCIAL. 1. A comprovação da regularidade fiscal, junto às empresas contratadas, deve ser feita pela Administração, durante toda a execução do contrato, e não apenas por ocasião da habilitação, devendo ocorrer, inclusive, antes da realização de cada pagamento. 2. É legal a utilização da modalidade “pregão” para aquisição e/ou contratação de bens e serviços de informática”.

8) DO PAGAMENTO EM CASO DE RECUSA DO DOCUMENTO FISCAL

Não há que se cogitar em alteração do item 13.2 do Edital, tendo em vista que o mesmo encontra amparo nos artigos 40, § 3º, e 76 da Lei 8.666/93, devendo as notas fiscais emitidas comprovar fielmente a realização dos serviços, nos termos contratuais. Caso contrário, a Administração tem o poder dever de exigir a retificação do documento fiscal emitido com irregularidade.

9) GARANTIA DE PENALIDADE POR ATRASO DE PAGAMENTO DEVIDO PELA CONTRATANTE

A cláusula 7º da Minuta de Termo de contrato e seus parágrafos passarão a ter a redação abaixo:

SÉTIMA (DO PAGAMENTO) – O pagamento será efetuado por meio de crédito em conta-corrente no **BANCO BRADESCO S/A** em até 15 (quinze) dias contados da entrega da fatura/nota fiscal, isenta de erros, acompanhada de Certidão de Regularidade Fiscal do FGTS, da Certidão Negativa de Débito (CND) e da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) devidamente válidas. Neste momento, poderá ser exigida a comprovação do atendimento às legislações específicas, relativas à saúde e à segurança ocupacional. O fiscal do contrato conferirá cada fatura e atestará a execução em conformidade com o contrato. O processamento do pagamento observará a legislação pertinente à liquidação da despesa pública. **PARÁGRAFO PRIMEIRO** - Como condição para que o pagamento seja efetuado, a Contratada deverá haver cumprido todas as determinações quanto aos requisitos dispostos neste Edital e na legislação específica. **PARÁGRAFO SEGUNDO** – Ocorrendo atraso no pagamento, desde que não decorrente de ato ou fato atribuível ao Contratado, o valor devido será corrigido, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 100 da Resolução nº 632/2014 da ANATEL, com multa não superior a 2º (dois por cento), correção monetária e juros de mora não superiores a 1% (um por cento) ao mês pro rata die.

10) DA ILEGAL PREVISÃO QUE VISA DESCONTO POR ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO

O requerimento de alteração do item 13.5 do Edital não merece acolhida, na medida em que encontra amparo no artigo 40, inciso XIV, alínea "d", da Lei 8.666/93.

11) IMPEDIMENTO À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS SUSPENSAS DE LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL

O item 15.2 será objeto de alteração e passará a constar no Edital da seguinte forma:

15.2 – Não serão admitidas a esta licitação pessoas: **(a)** que possuam sanção vigente, no âmbito da Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, com base no inciso III, do art. 87, da Lei 8.666/93; **(b)** que possua sanção vigente, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, com base no artigo 7º da Lei 10.520/02, **(c)** que possua declaração de inidoneidade vigente, no âmbito federal, estadual ou municipal; e **(d)** sob o regime de insolvência, falência e recuperação judicial ou extrajudicial, sem plano de recuperação aprovado e homologado judicialmente, com a recuperação já deferida.

12) PREVISÃO DE EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS

O parágrafo primeiro, da cláusula quarta, da minuta de contrato expressa que os métodos e processos de inspeção, verificação e controle a serem adotados pela Contratante relacionar-se-ão tão somente com a execução do contrato.

13) DO REAJUSTAMENTO DE TARIFAS

A cláusula quinta da minuta de termo de contrato e seus parágrafos passam a ter a seguinte redação.

QUINTA (DO VALOR) – O valor do contrato é de R\$ _____ (_____), conforme o lance final de preço proposto pela Contratada, correspondendo ao objeto definido na cláusula primeira e para a totalidade do período mencionado na cláusula oitava. **PARÁGRAFO PRIMEIRO** - O valor do contrato poderá ser reajustado, limitado ao índice de serviços de telecomunicações (IST) autorizado pela ANATEL, desde que observado o interregno mínimo de 01 (um) ano, contado da data de assinatura do contrato, ou da data do último reajuste. **PARÁGRAFO SEGUNDO** - O Contratado poderá exercer, perante o Tribunal, seu direito de reajuste dos preços do contrato até a data da prorrogação contratual subsequente ou do encerramento do contrato. **PARÁGRAFO TERCEIRO** - Caso o Contratado não solicite de forma tempestiva o reajuste e prorrogue ou deixe encerrar o contrato sem pleiteá-lo, ocorrerá a preclusão do direito de reajustar.

Se mais, sugiro o encaminhamento dos presentes autos ao Supervisor da C.P.L, para análise e pronunciamento sobre a impugnação e relatórios apresentados.

SECOM, em 21 de outubro de 2016.

Alessandro Moreira Ferreira
Pregoeiro