



ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E
TECNOLOGIA DE SERGIPE

Ref. : PREGÃO ELETRÔNICO N.º 07/2013

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 23060.002726/2012-10

A **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. – EMBRATEL**, CNPJ n.º 33.530.486/0001-29, com sede na Avenida Presidente Vargas n.º 1.012, Centro, Rio de Janeiro–RJ, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse i. Pregoeiro, apresentar **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E SEUS ANEXOS, com efeito de Impugnação** na hipótese de seu indeferimento, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

Ao analisar o Edital em epígrafe observa-se que algumas disposições atentam contra os princípios da legalidade e da competitividade, podendo, por esta razão, afastar interessados neste Pregão e conseqüentemente impedir que o **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SERGIPE** selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

É com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.

DO REAJUSTE EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO À CONTRATADA
ITEM 17 DO EDITAL E CLÁUSULA QUINTA DA MINUTA DO CONTRATO

Observa-se que o Edital prevê em seus itens supramencionado expressão matemática específica para fins de cálculo de eventual atualização financeira em caso de atraso injustificado de pagamento por parte da Contratante. Ocorre que a utilização de fórmulas específicas para reajustes em casos de atraso de pagamento, inviabiliza o regular andamento dos mais diversos sistemas de faturamento das licitantes, motivo pelo qual tais itens devem ser alterados. Ademais, o inciso XI do artigo 40 da Lei n.º 8.666, Estatuto das Licitações, estipula de forma clara que o Edital deverá prever

69.



um "critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais".

O próprio Tribunal de Contas da União, já assentou entendimento de que é devida multa por atraso no pagamento (vide a esse respeito a Decisão 975/02, que fez com que fosse revista a Súmula n.º 226).

Cabe transcrevermos manifestação da Justiça Federal de Santa Catarina, através do Parecer n. 159/2004, datado de 20 de maio de 2004, proferido nos autos do processo administrativo n. 03.83.00430-6, que bem define e resume toda a questão, com base no disposto na Lei n.º 8.666/93 e demais legislação em vigor, assim como Revisão da Súmula 226 do TCU sobre a mesma matéria, nos seguintes termos:

"(...)

(c) estipulação de multa, juros e correção monetária, no caso de atraso no pagamento de serviços

(c.1) Estipulação de multa contra a Administração

A respeito dessa questão, o art. 40, XIV da Lei estabelece:

'Art. 40. O edital conterà, no preâmbulo, o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada, e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV – condições de pagamento, prevendo:

(...)

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;'

Pelos dispositivos acima transcritos observa-se que é dever da Administração incluir no edital cláusula prevendo compensação financeira e penalizações para o caso de haver atraso nos pagamentos ao futuro contratado.

Nos mesmos moldes, no contrato, conforme dispõe o art.55, inciso VII:

'Art. 55: São cláusulas necessárias em todo o contrato as que estabeleçam:

(...)

VII – os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas.'

Entretanto, como o presente caso refere-se à aplicação de multa por parte de concessionárias de serviço público à

Administração Pública, a questão merece maior detalhamento.

O Tribunal de Contas da União a respeito da matéria, recentemente reviu a súmula 226, retirando de seu texto o trecho 'inclusive concessionárias de serviços públicos', dando ao Enunciado a seguinte redação:

'É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos seus municípios, quando inexistir norma legal autorizativa.'

A necessidade de alteração da Súmula 226 do Tribunal de Contas da União, em síntese, fundamentou-se no fato de que a relação jurídica que estabelece entre a Administração Pública e a concessionária de serviço público é de consumo, consubstanciada em um contrato de adesão, distinta, portanto, daquela relativa à concessão. Na relação jurídica estabelecida com a concessionária no caso de fornecimento de serviço, a Administração não age com prerrogativas típicas de Poder Público. Sujeita-se às mesmas exigências técnicas e financeiras para obter o fornecimento, não se diferenciando, em nada, dos demais usuários

Concluindo a respeito desta questão, não parece coerente aceitar que o contratado deva suportar o prejuízo decorrente de ato para o qual não contribuiu.

Nessa esteira, é o entendimento de Marçal Justen Filho¹, cujos comentários transcrevo:

'É destituído de razoabilidade afirmar que o inadimplemento da Administração não acarretaria qualquer consequência. Isso representa negar a eficácia do princípio da legalidade e liberar a Administração para adotar condutas arbitrárias.'

Assim, afigura-se mais consentâneo com o ordenamento jurídico vigente e com o entendimento do Tribunal de Contas da União que a Administração estabeleça multas pelo descumprimento total ou parcial de suas obrigações.

Sugere-se, aplicando-se subsidiariamente o art. 52, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, multa no patamar de 2% ao mês pelo atraso no pagamento por culpa da Contratante.

(c.2) correção monetária

Quanto à questão relativa à aplicação de correção monetária pelo atraso no pagamento, segundo jurisprudência firmada pelo Tribunal de Contas da União e nos Tribunais Superiores, independe de previsão no edital e no contrato, ao argumento

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 7ª ed., Dialética, São Paulo, p.595

Ca.



que busca apenas a atualização do valor e, se prevista em lei, é exigível.

Além do que a correção monetária encontra guarida e fundamento em princípios gerais do direito e na disposição do art.37, XXI da Constituição da República, que determina a manutenção das condições efetivas da proposta.

Sugere-se a seguinte redação : atualização dos valores em atraso, até a data da efetiva quitação do débito, pelo IGP-DI, ou por outro índice definido pelo Governo Federal.

(c.3) juros de mora

Por força do art. 1º da Lei n.º 4.414/1964, a União responde pelo pagamento dos juros de mora na forma do direito civil.

O novo Código Civil, de sua vez, assim dispõe a respeito da matéria:

'art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.'

Muito embora haja previsão na legislação tributária de aplicação da taxa SELIC, **entendemos que a taxa de juros deva ser a de 1% ao mês prevista no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional (ou 0,03333% ao dia)**, tendo em vista que a SELIC impede o prévio conhecimento dos juros e inclui correção monetária na sua composição, o que torna difícil sua aplicação, como vem se inclinando a doutrina."

Desta forma, de modo a compatibilizar o instrumento convocatório e a minuta de contrato com o disposto na legislação e na jurisprudência sobre licitações e adequar a contratação às práticas contratuais usuais, sugere-se que seja introduzido nos pré falados itens previsão do pagamento mensal e a cobrança dos eventuais encargos moratórios, qual sejam: **2% de multa, juros moratórios de 1% ao mês pro rata die e atualização dos valores em atraso, até a data da efetiva quitação do débito, pelo IGP-DI (FGV), ou por outro índice definido pelo Governo Federal em substituição à fórmula estabelecida neste Edital, bem como na Minuta de Contrato.**



DA ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DAS PENALIDADES – ITEM 18 DO EDITAL E ITEM 18 DO TERMO DE REFERÊNCIA

No que tange às sanções administrativas, é incontroverso que a aplicação de multas de grande monta gera um desequilíbrio econômico do contrato com o conseqüente enriquecimento sem causa da parte Contratante, ferindo assim a isonomia entre as partes, assim como o equilíbrio econômico-financeiro e a comutatividade do contrato.

Neste diapasão, cabe ressaltar que as penalidades nas hipóteses elencadas constituem cláusulas moratórias, de sorte que sua conceituação legal visa apenas penalizar o contratado pelo efetivo período de atraso na prestação dos serviços. Desta forma, as penalidades **incidentes sobre o valor mensal da parcela do serviço em atraso**, devem ser apuradas **por dia, na proporção de 0,1% (baixa criticidade); 0,2% (média criticidade); ou 0,3% (alta criticidade)**, sendo em todos os casos, este tipo de penalidade limitado até o percentual de **2% (dois por cento) a 10% (dez por cento) sobre o valor mensal da parcela do serviço em atraso**, o que for aplicável e devido na época do inadimplemento, a título cláusula moratória.

Logo, as penalidades devem ser aplicadas em conformidade com os **princípios de razoabilidade e proporcionalidade**, inerentes à Administração Pública, buscando **seu único fim, qual seja, o ressarcimento da mora, e não gerar o desequilíbrio do contrato**. Afinal, somente desta forma estar-se-á assegurando uma conduta justa e ilibada da Administração na prática de seus atos.

Tal imposição deixa de ser interessante para o próprio Órgão uma vez que a assunção de riscos que extrapolam os usualmente aplicados e razoáveis terá uma direta repercussão econômica nas propostas apresentadas pelos licitantes, uma vez que onerará excessivamente as propostas face os riscos envolvidos, o que fere o Princípio da Economicidade almejada pela Administração Pública.

Feitas as devidas considerações sobre os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, **resta-se demonstrado que na fixação do critério de incidência de multa foi inobservado o princípio da razoabilidade quanto à eventual inexecução parcial do contrato, haja vista a aplicação de multa moratória bastante elevada (de até 30% do valor total do contrato) nos casos demonstrados, onerando injustamente e sobremaneira a Licitante a ser contratada, sem qualquer relação de proporcionalidade com o período de atraso havido e com a parcela do inadimplemento, resultando em elevadas penalidades, com risco financeiro excessivo para os Licitantes interessados neste Pregão, sem falar no enriquecimento sem causa por parte da Contratante e afastar os interessados em participar do certame.**



Para tanto, sugerimos a alteração dos itens 18 do Edital, bem como seu correspondente item no Termo de Referência no item 18 para que deles passe a constar: **multa de 0,1% (um décimo por cento) do valor mensal do contrato, por dia de inexecução parcial até o 15º dia de atraso; de 0,3% (três décimos por cento) do valor mensal do contrato, por dia de inexecução parcial entre o 15º e o 30º dia de atraso, sendo tal penalidade limitada a 10% (dez por cento) do valor mensal do contrato.**

Pugnamos para que a penalidade de 20% do valor total do contrato para a hipótese de inexecução total do contrato seja alterada para o limite de 10%, aplicando-se as penalidades acima sugeridas para a hipótese de inexecução parcial.

Desta forma estará se evitando a alteração, por vias transversas, do equilíbrio econômico-financeiro ao longo de toda a vigência contratual, com a devida preservação da comutatividade da avença.

DA CONCLUSÃO E PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do Edital e da Minuta de Contrato em comento é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando ao **INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SERGIPE** selecionar a proposta mais vantajosa para os serviços contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção das incoerências aqui apontadas.

Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração da Minuta de Contrato, do Edital e de seus anexos nos termos propostos acima. Ainda, **na hipótese do i. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digno-se a recebê-las como impugnação aos termos do Edital, da Minuta de Contrato e de seus Anexos, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.**

Local, 19 de fevereiro de 2013.

GERENTE DE CONTAS