

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE

Ref.: Pregão Presencial nº 45/2012

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 do I. Pregoeiro, apresentar, **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, 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**, por esta razão, poderão afastar interessados neste procedimento licitatório e conseqüentemente impedir que a **CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE** selecione e contrate a proposta mais vantajosa.

I - DA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS COMO CONDIÇÃO PARA O PAGAMENTO – ITEM 6, DO EDITAL, ITEM 4, SUBITENS 4.3 E 4.5, DO ANEXO IV - TERMO DE REFERÊNCIA E ITEM 3.3 DO ANEXO VII, MINUTA DE CONTRATO

Os itens em destaque estabelece a exigência de apresentação de documentos relativos às contribuições sociais, bem como a comprovação de regularidade da Contratada perante seus funcionários, sendo certa que o pagamento fica condicionado a apresentação mensal destes documentos.

Contudo, observa-se que a conservação desses documentos, relativos à contratação de empregados, é de obrigação exclusiva da empresa contratada, já que o órgão contratante sequer responde por débitos trabalhistas de tais empregados, sendo que a apresentação mensal das Certidões do INSS e FGTS e também a apresentação dos documentos fiscais mostra-se excessiva e demasiadamente burocrática.

Ademais, a regularidade das empresas licitantes perante o INSS, FGTS e fisco é certificada e comprovada através da apresentação das CNDs na fase de habilitação e contratação, cuja consulta é on-line e automática pela Administração Pública sendo desnecessária a apresentação

de tais documentos, principalmente condicionando-as à realização dos pagamentos mensais, o que certamente poderá atrapalhar o processo mensal de cobrança.

Acrescenta-se ainda a Lei das Licitações, aplicada subsidiariamente na modalidade de Pregão, de acordo com o art. 9º da Lei 10.520/02, traz em seu bojo normas procedimentais que regram o desenrolar do certame com uma clareza ímpar. Expõe nos art. 27 a 32 os documentos mínimos exigidos em termos de habilitação do certame, não sendo admitida a apresentação de documentos de forma diversa e excessiva da estipulada em lei, por tratar-se o Edital de Lei interna de toda Licitação.

Considerando que tais exigências são excessivas, pois não é praxe em licitações dessa natureza promovidas pelos órgãos públicos no país e sequer encontra amparo na legislação sobre o tema, requer-se a exclusão destes itens do edital e seus anexos, ou se este não for o entendimento, que se modifiquem estes itens para que passe a constar que a Administração designará diligências afim de se comprovar mensalmente a regularidade supramencionada.

II – DO ATRASO NO PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL E NA MINUTA DE CONTRATO

O Edital é omissivo acerca da aplicação de penalidade de multa, atualização financeira dos valores e juros moratórios em caso de atraso no pagamento da Contratante. Desta forma, considerando a necessidade de tal estipulação, requeremos a aplicação das determinações constantes no art. 40, XIV, alíneas "c" e "d" da Lei 8.666/93, referentes à multa decorrentes do atraso no pagamento por parte da Administração, aos juros, bem como, atualização financeira.

Tendo em vista que sobre o valor mensal histórico devem incidir obrigatoriamente compensações financeiras e penalidades por eventuais atrasos no pagamento, faz-se necessária a inclusão do dispositivo para que passe essa a constar no instrumento convocatório. 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.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.

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

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 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."

Assim sendo, de forma a compatibilizar o edital com o disposto na legislação e na jurisprudência sobre licitações e adequar a contratação às práticas contratuais usuais, sugere-se que seja introduzido no presente edital e na minuta do contrato a previsão de cobrança dos 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, ou por outro índice definido pelo Governo Federal, nas hipóteses de responsabilidade do não pagamento das faturas pela Contratante.**

III – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS, ITEM 15, DO EDITAL, ITEM 6, DO ANEXO IV - DO TERMO DE REFERÊNCIA E ITEM 11, DO ANEXO VII, DA MINUTA DO CONTRATO.

É notório que em se tratando de contratos administrativos, diante da possibilidade de inexecuções, parcial ou total, a Administração Pública deve estabelecer parâmetros para penalizar a Contratada por tais fatos. No entanto, os mesmos devem ser pautados na razoabilidade e proporcionalidade.

84

Neste sentido, o item 15.2 do Edital menciona a cobrança de **"Multa Compensatória de até 30% (trinta por cento) do preço total da Proposta."** Ora, o Decreto 45.902/12 prevê o limite da multa, mas cabe ao órgão licitante ponderar sobre a razoabilidade e proporcionalidade do evento penalizável. Assim sendo, pugnamos pela razoabilidade e proporcionalidade da multa, tendo em vista que sua função precípua é punir e não visa a compensação por parte da Administração. Achamos razoável que a Multa Compensatória seja de até 10% do valor mensal do Contrato.

Cabe ressaltar que os itens 6 do Termo de Referência e 11 da Minuta de Contrato, devem ser aplicados também de acordo com o Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, consideramos razoável a aplicação da multa calculada sobre o valor mensal do serviço não executado, não sobre o preço total do contrato, sendo exorbitante o valor estipulado como calculo.

Destaca-se que a necessidade de se adequar as penalidades a serem aplicadas em caso de inexecução, aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade é entendimento assentado dos Tribunais, conforme se observa na jurisprudência abaixo mencionada, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 330.677-RS (2001/0091240-0):

"CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Os atos administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.

O art. 86 da Lei 8666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

Princípio da Razoabilidade.

Recurso Improvido."

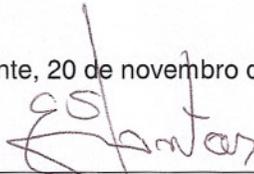
Deste modo, não restam dúvidas de que as penalidades/sanções elencadas nos itens acima mencionados devem ser revistas, de modo que sejam aplicadas com razoabilidade e proporcionalidade, bem como visando apenas imputar um ônus e risco excessivo à Contratada pela inexecução do serviço/contrato, evitando enriquecimento sem causa por parte da Contratante e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a não afastar a maior participação e economicidade deste Certame.

54

IV- DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando a **CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE** selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos 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 do edital 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, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

Belo Horizonte, 20 de novembro de 2012.



Emerson Stefanelli Santos
PROCURADOR
GERENTE DE CONTAS