



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE BELO
HORIZONTE - CMBH**

Ref.: Pregão Eletrônico N°: 23/2015

A **CLARO S.A.**, CNPJ n.º 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Flórida, 1.970, Monções – São Paulo – SP, por seu representante legal infra-assinado, vem, respeitosamente, à presença desse I. Pregoeiro, apresentar **PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, com efeito de Impugnação, 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 - CMBH** 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.



I - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS - ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE - ITEM 12.2 DO EDITAL E ALÍNEAS "b" e "d" DA CLÁUSULA 11.1 DA MINUTA CONTRATUAL

É notório que em se tratando de contratos administrativos de grande vulto, 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.

Ademais, é incontroverso que a aplicação de multas de grande monta é um fator a mais no desequilíbrio econômico do contrato com o consequente enriquecimento sem causa da parte Contratante, o que fere não só equilíbrio econômico-financeiro como afeta a comutatividade do contrato.

Cabe ressaltar ainda, que as penalidades elencadas no presente certame, 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, a **imposição de multa compensatória de até 30% (trinta por cento) sobre o valor total da proposta, por falta de assinatura do contrato, assim como multas moratórias nos percentuais de 0,3% sobre o valor total do contrato, por dia de atraso na execução do objeto, até o 30º dia e 20% sobre o valor global do contrato, por causar a rescisão contratual, no presente pregão mostram-se extremamente excessivas.**

Verifica-se no referido dispositivo, que a Administração Pública estabelece critério demasiadamente oneroso para aplicação da multa acima descrita, o que não se mostra razoável.

Destaca-se que a necessidade de se adequar a penalidade aplicada 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 elencadas no edital e seus anexos devem ser revistos, de modo a ser aplicada com razoabilidade e proporcionalidade, bem como visando apenas imputar um ônus a Contratada somente pela inexecução parcial do serviço, devendo-se calcular a multa sobre a parcela mensal do contrato, ou no máximo, sobre a parcela inadimplida, evitando enriquecimento sem causa por parte da Contratante e o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e buscando seu único fim, qual seja, o ressarcimento da mora, e não gerar o desequilíbrio do contrato.



Frisa-se também que tais imposições extrapola o limite de 10% sobre o valor do fornecimento não realizado, teto máximo estabelecido tanto pelo Decreto nº 22.626/33 como pela Medida Provisória nº 2.172/01 e aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e a Administração Pública. Ressaltamos ainda que não consta na Lei 8.666/93 qualquer limite de percentual para penalidades, as normas de direito privado constituem elementos perfeitamente cabíveis à resolução da questão, em face do art. 54 desse diploma legal; não pode a Contratante, assim, desconsiderar regulação específica que veda o locupletamento sem causa da Administração Pública, bem como a imposição de multas excessivas.

Os administrativistas classificam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, como referenciais que devem necessariamente ser utilizados quando da prática de atos pelo Poder Público, sob pena de desvio da finalidade legal a que se propõem.

O ilustre Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello não deixa margem a dúvidas ao lecionar que:

“Enuncia-se com esse princípio (razoabilidade) que a administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o sendo normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiam outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis-, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e



disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada.

(...)

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme com a finalidade da lei. (...)"

Neste sentido, extrai-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade caminham no mesmo sentido, qual seja, o de evitar eventuais abusos quando da aplicação da lei ao caso concreto ou nos atos administrativos emanados. Valem dizer, as consequências de um ato devem guardar a exata proporção com a sua extensão.

Por todo o exposto, requer a adequação das penalidades elencadas no edital em epígrafe e seus anexos, para que as multas observem o **limite de 15% (quinze por cento) sobre o valor mensal do contrato no caso de inexecução parcial sobre a parcela inadimplida e 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato em caso de inexecução total.**

II – DA CLÁUSULA DE REAJUSTE EM CASO DE ATRASO DE PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL

O presente edital, nas hipóteses de atraso no pagamento, sem que a Contratada incorra em culpa, verificou-se omissa no tocante a incidência de multa e juros moratórios, bem como da atualização dos valores a serem pagos, o que fere a legalidade e a razoabilidade. Assim, 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 alteração 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.

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

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



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 0,033333% 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.”

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 na presente edital 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 GPD-I, ou por outro índice definido pelo Governo Federal, nas hipóteses de responsabilidade do não pagamento das faturas pela Contratante.**

III - DA NECESSÁRIA INCLUSÃO NO EDITAL DE SOLUÇÃO DE SEGURANÇA PARA ATENDIMENTO DO ITEM 3.3 DO TERMO DE REFERÊNCIA, ANEXO AO EDITAL

Ao analisar o Termo de Referência, no item 3.3, onde menciona sobre a disponibilidade do serviço, vejamos:

- 3.3.3.** Se por qualquer motivo o link for acometido de Negação de Serviço, mesmo causado por agentes externos à rede da CONTRATADA (ação *hacker* nos sistemas ou na plataforma de equipamentos da CONTRATADA), o tempo aferido de descontinuidade do serviço será adicionado ao total de horas paradas por mês.

Não temos como evitar este tipo de ataque a não ser que a CONTRATADA tenha contratado a solução de segurança para este tipo de ataque. Pois sem a solução específica, não tem como a CONTRATADA garantir a inacessibilidade do sistema ou da plataforma de equipamentos, que demanda de solução específica. Sendo assim, sugerimos de antemão, que



passa a constar no edital a solução de proteção aos ataques tipo DDOS, conforme sugerimos abaixo:

“Deverá ser fornecida para cada um dos lotes, em conjunto com a Solução de Trânsito Internet ofertada, uma solução de Proteção e Mitigação de ataques IP do tipo DoS/DDoS, sem ônus adicional à CONTRATANTE”

Desta forma, poderemos atender ao solicitado no edital, e para não ferir a ampla competitividade e a igualdade entre os licitantes, é essencial que conste tal informação no instrumento convocatório.

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 - CMBH** 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 da incoerência aqui apontada. 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 no termo proposto acima. Ainda, na hipótese do I. Pregoeiro não acolher as presentes razões, digna-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

BHTE, 22, de Julho de 2015.



PROCURADOR

GERENTE DE CONTAS

Vitor Meneghin Cimino
Gerente de Contas

Resposta a impugnações ao edital do Pregão Eletrônico 23/2015 elaboradas pela empresa CLARO S.A.

Em relação à impugnação da CLARO S.A., segue as respostas aos itens, conforme apresentado pela impugnante:

I - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS — ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE — ITEM 12.2 DO EDITAL E ALÍNEAS “b” e “d” DA CLÁUSULA 11.1 DA MINUTA CONTRATUAL

Em relação à impugnação quanto aos valores das penalidades impostas pela Administração, valem as mesmas razões apontadas em relação à mesma impugnação levantada pela empresa TELEMAR NORTES LESTE SA., quando o pedido foi negado com a seguinte fundamentação:

“3. Penalidades excessivas: As normas citadas disciplinam as relações entre particulares, bem como as multas civis. A multa prevista no item 12.2 do edital é multa de natureza administrativa, cuja natureza é diversa das multas reguladas pelas normas citadas. De fato, o art. 80 da Lei 8.666/93 bem demonstra que não se confundem as indenizações à Administração com as multas por ela aplicadas. Isso porque, como é cediço, a multa administrativa não objetiva a ressarcir danos à Administração, como é o objetivo da cláusula penal, mas sim intervir na conduta do contratado. Ademais, verifica-se que o edital prevê tão-somente um percentual máximo de aplicação da multa e não a fixação da multa no patamar total. Diante do exposto, deve-se manter a multa no percentual máximo estipulado.”

“10. Razoabilidade na aplicação da multa: A Administração está adstrita à razoabilidade, especialmente nos atos discricionários. *In casu*, considerando o valor contratual, bem como o retardamento dos serviços que podem derivar de faltas cometidas pelo contratado, os valores das multas encontram-se de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade. Evidentemente atender à demanda da requerente importaria estipular multa insignificante e que não atenderia a qualquer propósito da Administração. Assim, a razoabilidade e proporcionalidade devem servir tanto à proteção dos interesses privados, quanto à proteção do interesse público e o atendimento desta demanda levaria à ofensa dos interesses que a Administração deve proteger. Consoante é cediço, prevalece nas relações administrativas a prevalência do interesse público sobre o privado, nos termos da lei. Dessa forma, a medida adotada pela Administração obedece ao princípio da proporcionalidade, uma vez que, sem onerar o contratado (que por culpa

ou dolo deixa de cumprir seus deveres contratuais) também resguarda o interesse público, motivo pelo qual deve ser mantida.”

Diante do exposto, decide-se pela manutenção do edital em relação às cláusulas impugnadas.

II — DA CLÁUSULA DE REAJUSTE EM CASO DE ATRASO DE PAGAMENTO — AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL

Também esta questão foi objeto de análise pelo pregoeiro por ocasião de impugnação interposta pela TELEMAR NORTE LESTE SA., ocasião em que esclareceu-se que:

“12. Solicitação de inclusão de penalidade por atraso de pagamento: Os valores devidos pela Administração em caso de atraso de pagamento encontram-se regulados pela Lei Nacional 9.494/1997. Ainda que essa lei regule expressamente as controvérsias judiciais, a Administração na relação administrativa não pode efetuar pagamento com valores superiores ou diversos do estipulado na referida norma e na decisão proferida pelo STJ nos autos do REsp 1270439 / PR. Ademais, tratando-se, de relação administrativa, incide a responsabilidade objetiva do Estado. Dessa forma, caso a empresa tenha algum prejuízo decorrente de ato ilícito (atraso) praticado pela Administração terá direito à integral ressarcimento apurado em processo administrativo ou judicial. Dessa feita, encontra-se já regulamentado pelo ordenamento jurídico a pretensão da impugnant, não há que se alterar o edital.”

Diante das mesmas razões, mantem-se o mesmo entendimento e nega-se o pedido de alteração do edital.

III - DA NECESSÁRIA INCLUSÃO NO EDITAL DE SOLUÇÃO DE SEGURANÇA PARA ATENDIMENTO DO ITEM 3.3 DO TERMO DE REFERÊNCIA. ANEXO AO EDITAL

O item em questão trata de infraestrutura e equipamentos de responsabilidade da CONTRATADA. Sendo assim, é facultado a ela que providencie soluções de segurança que julgar necessárias para o bom funcionamento de seus equipamentos, conforme item 3.3.3.1.

Entretanto, a CMBH não se responsabiliza pela indisponibilidade do serviço nesses casos, devendo a CONTRATADA prever as soluções de segurança que julgar necessário, ou ser responsabilizada pela Negação de Serviço, mediante acréscimo do tempo aferido de descontinuidade do serviço no total de horas paradas por mês.

Diante disto, o pedido não será atendido.