



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

Ref.: Pregão Presencial nº262/2009

Nº.: 2262009 21/12/2009 14:59:29 - 1488/021

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**, com efeito de Impugnação na hipótese de seu indeferimento, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

1. 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 o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás selecione e contrate a proposta mais vantajosa.
2. É com o objetivo de garantir a eficácia e legalidade do certame que a licitante propõe alterações do instrumento convocatório.

DO ATRASO NO PAGAMENTO – ITEM 71 DO EDITAL

3. O presente edital é estabelecido que em caso de atraso no pagamento será devido apenas atualização financeira dos valores, sem prever a incidência de juros e aplicação de multa. Assim, de modo a viabilizar uma aplicação mais justa de multas, requer 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, sendo omissos em relação a tais previsões.
4. 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)
5. 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 conterá, 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:

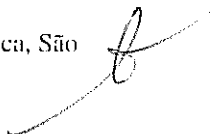
'É indevida a despesa decorrente de multas moratórias aplicadas entre órgãos integrantes da Administração Pública e entidades a ela vinculadas, pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos seus municípios, quando inexistir norma legal autorizativa'.

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:

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



'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 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 Governó 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.”

6. Desta forma, 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 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.

DAS PENALIDADES – ITENS 5.1, 5.2 E 6 DO TERMO DE REFERÊNCIA

7. É incontroverso que a aplicação de multas de grande monta é um fator a mais no desequilíbrio econômico do contrato com o conseqüente enriquecimento sem causa da parte Contratante, o que fere não só equilíbrio econômico-financeiro como afeta a comutatividade do contrato.
8. Cabe ressaltar 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. Deste modo, por entendermos que tais penalidades impostas ferem o princípio da razoabilidade, requeremos a alteração dos seguintes itens, conforme segue:

5.1 e 5.2 do Termo de Referência – Em caso de descumprimento do índice de disponibilidade estipulado contratual, tanto para os links concentradores como para os links remotos, que seja aplicada penalidade, diariamente, no percentual de 1% (baixa criticidade), 2% (média criticidade) e 3% (alta criticidade), sobre o valor mensal do contrato

6 do Termo de Referência – Em caso de atraso na prestação do serviço, que seja aplicada penalidade, diariamente, no percentual de 0,1% (baixa criticidade), 0,2% (média criticidade) e 0,3% (alta criticidade), sobre o valor mensal do contrato



9. Assim, 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.
10. 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 uma parcela que compõe o valor da proposta é composta pela precificação do risco envolvido, sendo um tanto maior quanto maiores os riscos assumidos.

DO REAJUSTE- AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL

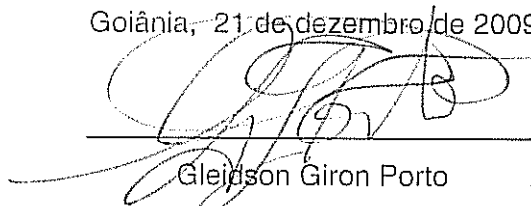
11. O presente edital estabelece que os preços poderão ser repactuados em caso de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ocorre, no entanto, que mostra-se necessário também prever a possibilidade de reajuste dos preços ao longo da vigência contratual, tendo em vista que os valores aplicados sofrem alterações, devendo, portanto, serem reajustados. Assim, tendo em vista o serviço a ser prestado, deste modo, requeremos que o reajuste seja feito através do IGP-DI da FGV, anualmente e de forma automática, uma vez que este reflete a variação dos insumos que compõem o serviço ora licitado.
12. Ademais, o inciso XI do artigo 40 da Lei n.º 8.666/93, Estatuto das Licitações, estipula de forma clara que a Minuta de Contrato deverá prever um "critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais".

(Handwritten mark)

DA CONCLUSÃO E PEDIDO

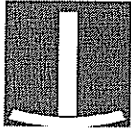
13. Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando que o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, 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.

Goiânia, 21 de dezembro de 2009



Gleidson Giron Porto

PROCURADOR
GERENTE DE CONTAS



IMPUGNAÇÃO

Protocolo nº 3203034/09

Referência: Pregão nº 262/09 (processo nº 3136825)

Impugnante: EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. (EMBRATEL)

1. DOS FATOS:

Trata-se de análise da impugnação interposta tempestivamente pela **EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A. (EMBRATEL)**, constante dos autos do processo licitatório, alusivo à Licitação nº 262/09, na modalidade Pregão Presencial, destinada à contratação de empresa especializada em execução de serviço de enlace de dados.

2. DAS RAZÕES DA IMPUGNANTE:

Em síntese, alega a impugnante que:

a) inexistente no edital previsão de incidência de juros e aplicação de multa no caso de atraso de pagamento por parte da própria Administração, de modo que o ato convocatório só estaria compatível com o disposto na legislação e na jurisprudência se for prevista a possibilidade de cobrança por parte do contratado dos encargos moratórios e atualização dos valores em atraso.

b) as penalidades previstas no edital no caso de descumprimento das cláusulas contratuais e atraso na prestação do serviço são deveras excessivas, o que afronta o princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

c) é ilegal a suposta previsão do Edital no sentido de proibir qualquer reajuste contratual durante a vigência do contrato, segundo a Impugnante, inclusive após 12 (doze) meses, no caso de prorrogação. Tal disposição contrariaria o disposto no art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93, vez que atentaria contra a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.



3. ANÁLISE

3.1. DA ESTIPULAÇÃO DE MULTA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO

Inicialmente, para a análise da questão, há que se ponderar sobre o regime jurídico dos contratos envolvendo a Administração Pública. É patente que o simples fato de a Administração Pública figurar como parte em um contrato faz com que este migre automaticamente para o campo do direito público.

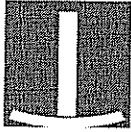
CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹ preleciona que a Administração Pública, quando procede, em suas relações jurídicas com o particular, de comum acordo com este, estabelece contratos, que podem ser: a) contratos de direito privado da administração; ou b) 'contratos administrativos', diferindo ambos quanto à disciplina do vínculo, já que, enquanto os contratos de direito privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas de direito privado – ressalvadas as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo direito administrativo –, os contratos administrativos sujeitam-se às regras e princípios estabelecidos no direito público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto.

Dentre as peculiaridades do contrato administrativo, leciona o mestre ora buscado em auxílio, destaca-se a possibilidade de a Administração instabilizar o vínculo, seja alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante, seja mesmo extinguindo unilateralmente esse vínculo, constituindo ambas as formas de instabilização um direito da Administração, ressalvadas a identidade do objeto da avença e a plena garantia dos interesses patrimoniais da outra parte. Se a possibilidade aqui retratada não se verificar na avença, não se pode dizer que se esteja diante de um contrato administrativo.

No entanto, pode a Administração Pública firmar contratos regidos predominantemente por normas de direito público e contratos nos quais predominam as regras de direito privado, ressalvadas, como assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as condições e formalidades para estipulação e aprovação, disciplinadas pelo direito administrativo. De fato, não importa o nome que se dê a este segundo tipo, contrato privado, contrato semipúblico ou contrato administrativo de figuração privada, é ele caracterizado pela prevalência de normas de direito privado.

Quanto ao objeto do contrato referente à Licitação nº 262/09, há que se avaliar a natureza da prestação de serviços em questão.

¹ in 'Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 377/378.



Conforme análise anterior, percebemos que as características dos contratos firmados entre a Administração e o particular serão reflexo das particularidades do modo de prestação do serviço. Sabe-se que em alguns casos, pela natureza do serviço, não é dado discutir as condições da prestação do serviço, ou aceita as normas impostas pelo prestador, ou, caso contrário, recorre administrativa ou judicialmente, para que possa ver apreciadas suas reivindicações. Trata-se do contrato de adesão, que segundo o art. 54 da Lei n.º 8.078/90, "é *aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*".

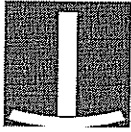
Exemplifica-se tal caso através dos contratos firmados entre a Administração e as concessionárias de serviços públicos, como o fornecimento de energia elétrica. Nesse caso específico não age a Administração com prerrogativas típicas de Poder Público, diferentemente do que ocorre na relação jurídica existente entre o poder concedente e a concessionária de energia elétrica. Portanto, nessa situação dever-se-ia aplicar predominantemente as normas de direito privado.

Ora, essa foi a situação analisada pelo TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO na oportunidade da Decisão nº686/99, publicada no D.O.U de 08/11/1999, na qual as Impugnantes basearam-se para lastrear sua sustentação quanto à necessidade de previsão de multas a serem aplicadas à Administração no caso de atraso no pagamento das faturas. Veja-se que a situação analisada na referida decisão não apresenta as mesmas características dos serviços licitados através do Pregão nº 262/09.

Todavia, a natureza dos serviços ora contratados não apresenta característica de serviço público essencial e, dessa forma, a relação contratual entre o fornecedor desse serviço e a Administração não poderia ser caracterizada como de adesão.

Assim sendo, permanece a relação contratual sob o regime jurídico de direito público, reconhecendo-se as prerrogativas da Administração e afastando-se a situação de igualdade entre as partes substanciada no direito privado.

In suma, reconhecendo-se a não aplicação da Decisão nº686 do TCU no caso em tela, conclui-se não serem aplicáveis as disposições provenientes do direito privado relativas à imputação de multa e juros moratórios à Administração.



3.2. DA DESPROPORCIONALIDADE DAS MULTAS PREVISTAS EM EDITAL

As alegações da impugnante no tocante à suposta desproporcionalidade das penalidades previstas em caso de atraso no cumprimento do contrato não possuem condição de prosperar perante a presente impugnação.

Ora, de modo algum está a se olvidar sobre a incidência dos juízos subjetivos de razoabilidade e proporcionalidade quando da efetiva aplicação da pena de multa. Todavia, de acordo com a específica previsão legal contida no art. 87 da Lei nº 8.666/93, não é dado ao administrador furtar-se de fixar em contornos precisos, através do ato convocatório, a forma e as condições de aplicação das multas em caso de descumprimento e/ou atraso na entrega do serviço.

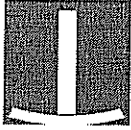
Nessa via, a alegação da impugnante só terá a devida ressonância na eventualidade da aplicação prática e concreta da pena de multa.

3.3. DA SUPOSTA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE REAJUSTE CONTRATUAL

Caracteriza-se o reajuste como uma fórmula preventiva utilizada pelas partes já no momento do contrato, com vistas a preservar os contratados dos efeitos de regime inflacionário. De fato, o inciso XI, art. 40, da Lei nº 8.666/93 estipula que deverá ser previsto, durante a vigência do contrato, o critério de reajuste para correção das perdas inflacionárias. Todavia, **há que se destacar o teor do §1º, art. 28, da Lei nº 9.069/95 que só admite cláusula de correção monetária quando a periodicidade do reajuste seja superior a um ano, sendo nula a cláusula que inobservar essa regra.**

Ora, conforme a CLÁUSULA NONA da minuta contratual (Anexo III), o contrato objeto da presente licitação terá duração de 12 (doze) meses, portanto, sob a ótica da Lei nº 9.069/95, não haverá a necessidade de previsão de reajuste para o período, vez que no lapso de um ano não poderá haver reajuste contratual.

De todo o modo, a própria CLÁUSULA DÉCIMA prevê que *"será permitida a repactuação, desde que seja observado o interregno mínimo de 12 (doze) meses da data de início da vigência deste contrato, ou da data da última repactuação, com base na variação de Índice legalmente estabelecido, de acordo com a especificidade do serviço contratado"*.



tribunal
de justiça
do estado de goiás

PODER JUDICIÁRIO
Diretoria-Geral
Comissão Permanente de Licitação

Com efeito, tal situação poderá ser tranquilamente resolvida através do instrumento contratual firmado entre as partes no que tange à fixação do índice a ser utilizado quando da eventual repactuação do contrato, o que não possui o condão de implicar na necessidade de reformulação do ato convocatório.

4. CONCLUSÃO:

Ante o exposto, conheço a impugnação interposta por considerá-la tempestiva e, **pelas razões acima apontadas, pugno pela improcedência dos argumentos ora levantados**, mantendo-se a data de realização da sessão pública do pregão ora designada no Edital nº 262/09.

Registre-se que a pretensão de efeito suspensivo pleiteada pela impugnante não encontra guarida no ordenamento legal, vez que, nos termos do art. 11, XVIII, do Decreto nº 3.555/00, nem mesmo o recurso administrativo no pregão possui o efeito de paralisar o procedimento licitatório.

Goiânia, 22 de dezembro de 2009.


VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM
Pregoeiro