



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CEFET- PI

Ref.: Pregão Eletrônico nº03/2009

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 CEFET-PI 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.

**DA PREVISÃO DE QUANTITATIVO REAL DESTE REGISTRO, CONTEMPLANDO AS
FUTURAS ADESÕES OU CARONAS À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS – SEÇÃO XX
DO EDITAL**

3. Considerando se tratar de Pregão Eletrônico por Registro de Preços, é necessário estimar adequada e corretamente a real demanda e pretensão de contratação desta instância, prevendo, inclusive, o possível percentual de acréscimos futuros (entre órgãos inseridos na ata ou não – as denominadas “caronas”) para efeito de especificar no Edital o montante estimado de possíveis contratações, com as quantidades ou percentuais pretendidos de adesões à Ata de Registro de Preços, sem o qual esta Instância de Governo e o Licitante Vencedor estarão fadados a possíveis questionamentos e fiscalizações acerca da legalidade e viabilidade das futuras adesões, principalmente acerca do limite de quantitativo das adesões ao Registro de Preços, face os questionamentos ao art. 8º, § 3º do Decreto n.º 3931/01, que regula o Registro de Preços, a exemplo do Acórdão do TCU 1487/2007 – Plenário e Processos nos TCEs (ex. no. 35.501/2005-TCE-DF), dentre outras doutrinas sobre o tema.
4. É oportuno ratificar acerca dos tópicos anteriores, a base da doutrina administrativista que discorre acerca da necessidade da isonomia e objetividade no julgamento do Edital, em estrita obediência aos ditames e princípios essenciais de toda licitação:

"Sendo o edital a lei da licitação, onde se expressa o desejo da Administração em relação aos proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; no edital estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto julgá-las e estrita conformidade com tais condições. **É no edital que vai se buscar o julgamento objetivo**, isto é, impessoal e criterioso, isento de qualquer subjetivismo; um dos princípios da licitação é propiciar a igualdade nas oportunidades de contratar com o Poder Público, **o que significa não só o conhecimento prévio e completo do desejo da Administração e das condições de participação no Certame, como também os limites em que os participantes devem situar essas ofertas e o respeito a esses limites por parte da Administração, a qual não pode, na lição sempre atualizada de Hely Lopes Meirelles, levar em conta vantagens ou desvantagens não previstas**"
(Marcos Juruena Villela Souto).

5. Desta forma, sugerimos que da seção em destaque passe a constar percentual de acréscimos futuros na proporção de 25% (vinte e cinco por cento), uma vez que encontra-se no limite legal estabelecido, (entre órgãos inseridos na ata ou não – as denominadas “caronas”), para efeito de especificar no Edital o montante estimado de possíveis contratações, com as quantidades ou percentuais pretendidos de adesões à Ata de Registro de Preços.

**DO ATRASO NO PAGAMENTO – ITEM 74 DO EDITAL E CLÁUSULA NONA, 23 DA
MINUTA DO CONTRATO**

6. A presente estabelece que em caso de atraso no pagamento será devida uma atualização financeira através de aplicação de fórmula específica, o que dificulta as mais diversas formas de faturamento das licitantes. Entretanto, a fim de 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 omissa em relação a tais previsões.
7. 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)
8. 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

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.

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

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.”

9. 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 76 DO EDITAL, ANEXO I E II

10. É incontroverso que a aplicação de multas de grande monta são 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.
11. 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. Desta forma, as a estipulação de penalidades diversas, através de inúmeros parâmetros de criticidade, mostra-se descabido, bem como excessivo. Assim, os Anexos I e II devem ser alterados, de modo a observar um padrão pré-estabelecido para a aplicação de penalidades.

12. Assim , requeremos alteração dos itens em comento, de modo que em qualquer das hipóteses de inexecução parcial do contrato, bem como descumprimento contratual, incluindo também, inoperância, as mesmas incidam diariamente sobre o valor mensal da parcela em atraso, **na proporção de 0,3%, para atrasos até 30 (trinta) dias e 0,4% para os atrasos superiores a 30 (trinta) dias, cabendo ainda a rescisão por parte da Contratante**. Requeremos ainda, em todos os casos de inexecução parcial, a limitação das **penalidades limitadas até o percentual de 10% (dez por cento)**. No que diz respeito a inexecução total requeremos que a penalidade seja alterada para que incida no **percentual de 10% (dez por cento) do valor total do contrato, devendo assim ser alterado o item 76 do Edital, que estipula uma penalidade abusiva**.
13. 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.
14. 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 EQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO – SEÇÃO XVIII E CLÁUSULA DÉCIMA **TERCEIRA DA MINUTA DO CONTRATO**

15. A presente ata de registro de preços tem validade de 6 (seis) meses, sendo previsto ainda que em caso de utilização da mesma, os contratos terão a vigência inicial de 24 (vinte e quatro) meses. Dessa forma, mostra-se necessário algumas disposições acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, para quando for aplicável.
16. O **Art. 65, inciso II, alínea d da Lei 8.666/93** assim dispõe: “*Art. 65 – Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes*

casos: ... II – por acordo das partes... **d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.** (redação dada pela Lei no. 8.883, de 1994).

17. Ademais, o próprio Tribunal de Contas da União já pacificou entendimento sobre o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, senão vejamos:

Acórdão TCU 54/2002 - Segunda Câmara (AC 0054-05/02-2 – Processo no. 400.175/1995-9), o voto do Ministro Relator UBIRATAN AGUIAR previu:

“ (...) Não há impedimento à existência de regra proibindo reajustes em prazo inferior a doze meses. Quanto a isso, os dispositivos relacionados com o Plano Real não são inconstitucionais. O que não se admite, em face da Constituição, é a proibição de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Ou seja, as regras do Plano Real não excluem o cabimento de recomposição de preços, ainda que condicionem a aplicação do reajuste.

É necessário distinguir, portanto, os conceitos de reajuste e recomposição de preços. Sob certo ângulo, esta última expressão indica gênero, de que aquela configura espécie. **A recomposição de preços é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original.** Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independente de averiguação efetiva do desequilíbrio. Já a recomposição pressupõe a apuração real dos fatos e exige comprovação acerca de todos os detalhes relacionados com a contratação e os fatos supervenientes a ela.

O que se afirma é a garantia constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Deve reputar-se que, ocorrendo elevação de custos não retratada pelo índice de atualização ou de reajuste adotado contratualmente, o particular tem direito à recomposição de preços.

Em termos práticos, isso significa que o particular deverá produzir prova bastante complexa e muito mais detalhada. Se houvesse reajuste, bastaria demonstrar a variação de índices gerais ou específicos (conforme previsto na Lei ou no contrato).

Isto posto, pode reconhecer-se que nenhum diploma legal pretendeu excluir a recomposição de preços. Se o fizesse, haveria

inconstitucionalidade. Qualquer contratado pode pleitear a recomposição, mesmo em prazos inferiores a doze meses.”

18. Como se vê, na disposição legal aplicada aos contratos administrativos, conforme destacado, **há diretriz e admissibilidade de atualização financeira anual, no que se refere ao reajuste e/ou repactuação de preços, sem contudo afastar a hipótese da necessária recomposição financeira dos preços ou tarifas do contrato, em qualquer tempo e período, ou seja, sem observar o interregno mínimo de 12 (doze) meses, sempre que a majoração dos custos - insumos e/ou encargos justificar e o próprio mercado exigir/comprovar.**
19. 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”**.

DA REGULARIDADE – ITEM 71 DO EDITAL

20. O item em comento estabelece como condição para o pagamento que a Contratada esteja regular, diante de suas obrigações, tais como INSS e FGTS. Entretanto, neste dispositivo consta que a regularidade será comprovada por meio de apresentação de tais documentos, por parte da Contratada. Além destes documentos, também solicita-se a apresentação dos gastos relativos a folha de pagamento do funcionários envolvidos na execução do objeto da presente licitação.
21. 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 pela atualização do SICAF, cuja consulta é on-line e automática pelo CEFET-PI, sendo desnecessárias tais documentos, principalmente condicionando-as à realização dos pagamentos mensais, o que certamente poderá atrapalhar o processo mensal de cobrança.
22. 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.

23. Ao analisar esta norma, constata-se que a mesma mostra-se descabida em relação a necessidade de apresentação dos documentos, vez que através dos cadastros há como se atestar a regularidade da Contratada, bem como não é usual a exigência de tal documentação. Desta forma, requeremos a alteração deste dispositivo, de modo que a regularidade da Contratada seja comprovada apenas através de consulta online.

DA CONCLUSÃO E PEDIDO

24. Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando o CEFET-PI 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.

Teresina, 15 de junho de 2009

CONCEIÇÃO DE MARIA LOPES SANTOS
GERENTE DE CONTAS
EMBRATEL