ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA EMPRESA MARANHENSE DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA - EMAP

Ref.: Pregão Eletrônico **Nº: 023-2015**

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 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 consequentemente impedir que a **EMPRESA MARANHENSE DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA – EMAP** 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 – DA DIVERGÊNCIA DE PRAZO PARA IMPLANTAÇÃO DO SERVIÇO – ITEM 6.1.15.DO TERMO DE REFERÊNCIA (ANEXO I) E ITEM 9 (QUADRO) DO ANEXO TÉCNICO III

O item 6.1.15 do Termo de Referência estabelece que a Contratada deverá realizar a instalação, configuração e ativação do link de acesso à internet em no máximo 60 (sessenta) dias, após a solicitação da Contratante. Contudo, oquadro do item 9 dispõe que a Contratada deverá entregar os serviços, objeto deste contrato, em até 30 (trinta) dias, a contar da data de assinatura do contrato. Primeiramente, pede-se esclarecimento quanto ao prazo correto para a instalação dos serviços.

No entanto, é cediço que o menor prazo supracitado não é exequível, bem como não se demonstram adequado à implementação dos serviços, especialmente diante da complexidade da construção de rede de telecomunicações para prover o objeto licitado e segurança contratual que se pretende obter.

A fim de se respeitar a razoabilidade e a boa fé objetiva do presente certame – visto que do contrário, as licitantes incorrerão em grave e desproporcionado risco de penalidades contratuais –, faz-se necessária a dilação de tal prazo dentro de parâmetros revestidos de razoabilidade e proporcionalidade.

Desta feita, é imperioso que o atual prazo seja revisto, de modo a tornar plenamente exequível o futuro Contrato. Portanto, não prever prazo igual ou superior a **60 (sessenta) dias** para o início da execução do serviço após a assinatura do contrato significa aumentar abrupta e desnecessariamente os riscos de penalidades para o particular quando da contratação dos serviços, o que além de acarretar uma maior oneração para a Administração Pública sob a

forma de repasse financeiro nas propostas a serem apresentadas, configura-se como uma regra que foge às inteiras da razoabilidade e da comutatividade contratual que se pretende com a licitação. Ademais, há que se cogitar os sérios riscos de aplicação de outras penalidades contratuais, inclusive as decorrentes da hipótese de rescisão do contrato, cujo risco imensurável poderá afastar deste Certame os eventuais interessados.

Tal alteração se faz necessária tendo em vista que a estipulação de prazo diverso do que se propõe nesta missiva pode ensejar a aplicação de penalidades injustas à Contratada, devendo-se destacar, ainda, que o serviço de internet a ser prestado envolve alta e complexa tecnologia, não sendo razoável prazo tão ínfimo para a instalação definitiva do serviço, conforme determina a regra editalícia que ora se impugna.

Há que se salientar, por oportuno, que os atos Administração devem ser balizados pelo Princípio da Razoabilidade. Neste diapasão, cabe-nos transcrever o que ensina a melhor doutrina acerca de tal Princípio, que se não alterados os termos editalícios, será completamente ferido. Sobre este princípio, vejamos:

> *"Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito e apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é 'irrazoável', o que pode ocorrer, principalmente, quando:*
>
> *a) não dê os fundamentos de fato ou de direito a que a sustentam ou;*

b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou

c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar." (grifos nossos) (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 16ª Ed. Atlas, São Paulo)

Já o i. Doutrinador Celso Ribeiro Bastos define a Razoabilidade como sendo "um Princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida."

Nesta mesma esteira, ensina-nos o Administrativista Hely Lopes Meirelles em sua obra "Direito Administrativo" (Ed. Malheiros, 26ª edição, 2000, págs. 86 e 87) sobre o princípio administrativo da razoabilidade: *"Razoabilidade e proporcionalidade: sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição do excesso que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais... não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou intérprete. ..." (grifos nossos).*

Desta feita, considerando a divergência atualmente prevista no Instrumento Convocatório, esta licitante vem por esta requerer a manutenção do maior prazo de **60 (sessenta)** dias para que seja implantado o serviço demandado relativo ao objeto da presente licitação.

II - DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS – ADEQUAÇÃO E PROPROCIONALIDADE – ITEM 14.4.2 DO EDITAL E ALÍNEA "b13" DA CLÁUSULA DÉCIMA DA MINUTA CONTRATUAL (ANEXO IV)

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 moratória no percentual de 20% (vinte por cento) sobre o valor global do contrato por recusa injustificada em assinar ou aceitar o contrato, no presente pregão mostra-se extremamente excessiva**.

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 discrição, 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 pridência, 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, extrais-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.**

III – 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 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 Filho[1], 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, § 1° do Código de Defesa do Consumidor, multa no

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

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. 1° da Lei n.° 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, § 1°, 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."

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.**

IV - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando a **EMPRESA MARANHENSE DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA – EMAP** 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, digne-se a recebê-las como impugnação aos termos do edital, com efeito suspensivo, de acordo com o disposto na legislação vigente.

São Luís, 04 de agosto de 2015.

Conceição de Mª Lopes Santos
Gerente de Contas
☎ 02198 2106-7201 / 98413 6430
✉ cmlopes@embratel.com.br