ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE MINAS GERAIS – CAU/MG

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 004/2018

A **CLARO S.A.**, CNPJ n.º 40.432.544/0001-47, com Sede Social localizada à Rua Henri Dunant, nº 780, Torres A e B, bairro: Santo Amaro, CEP: 04.709-110, na Cidade e Estado de São Paulo, 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, podendo, por esta razão, afastar interessados neste procedimento licitatório e consequentemente impedir que o **CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE MINAS GERAIS** selecionem e contratem 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 CLÁUSULA DE REAJUSTE EM CASO DE ATRASO DE PAGAMENTO

O presente edital, nas hipóteses de atraso no pagamento, sem que a Contratada incorra em culpa, menciona uma fórmula que não retrata a realidade do mercado, pois não a compõe com a incidência de multa e juros moratórios, somente a 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 à 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.

[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, § 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, quais 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.**

II - DO REAJUSTE E RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO

O Instrumento Convocatório prevê a possibilidade de reajuste de preços, **somente**, após o interregno de 36 (trinta e seis) meses, tempo de duração do contrato, no caso de renovação, por mais 2 (dois) anos, máximo previsto na Lei 8.666/93, e no art. 5º do Decreto 2271/1997.

Considerando, o inciso XI do artigo 40 da Lei n.º 8.666/93, - Estatuto das Licitações, estipula de forma clara que o Edital deverá prever um "critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais", não é razoável que o reajuste não seja anual, tendo em vista que todos os índices e insumos passam por reajustes anuais e devem ser retratadas no contrato tal variação. Desta forma, sugerimos que, de antemão, **passe a constar do Edital cláusula prevendo reajuste anual** dos preços **pelo IGP-DI,** plenamente aplicável aos serviços ora licitado, uma vez que **reflete mais**

propriamente a variação dos insumos que compõem estes, na periodicidade de 12 (doze) meses.

Ademais, não merece prosperar o entendimento de que os preços deverão permanecer fixos e irreajustáveis durante a vigência do contrato, sem considerar fatores imprevisíveis. Neste mister, faz-se necessário destacar o que dispõe a legislação sobre o restabelecimento do Equilíbrio Econômico-Financeiro, bem como jurisprudência correlata.

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 consequências 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).

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."***

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. Assim sendo, deve o Edital, bem como a Minuta de Contrato, prever a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro mesmo antes do término da vigência contratual.**

III - DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando o **CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE MINAS GERAIS** 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.

Belo Horizonte, 21, de setembro de 2018.

_____

PROCURADOR: Caio Felipe dos Santos

GERENTE DE CONTAS: Vilma Celina da Silva