



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Ref.: Pregão Eletrônico n.º 006/2016/ALE/RO

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

IMPUGNAÇÃO

aos atuais termos do Instrumento Convocatório, 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, da economicidade, da isonomia e da competitividade, podendo, por esta razão, afastar interessados neste Pregão e consequentemente impedir que a ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA 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.

I - DAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

ITEM 9.1.4.2 DO EDITAL

3. O item em comento apresenta a exigência de apresentação de Índices de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) iguais ou maiores que 1,0 (um), não prevendo, ALTERNATIVAMENTE, a qualificação econômico-financeira por meio de
-



comprovação de Capital Social ou de Patrimônio Líquido igual ou superior a 10% do valor referencial da contratação ou do valor final da Proposta.

4. Entretanto, da forma como se encontra, o Edital veda às inteiras a participação de empresas que embora gozem de boa liquidez, não alcançam índices em tal patamar, o que significa uma ilegalidade devido à vedação da ampla competitividade no certame. Neste sentido, cumpre-nos trazer à tona o que preceitua o Art. 44 da Instrução Normativa n.º 02/2010 do MPOG, que não estão sendo observados por esta r. Administração, senão vejamos:

“IN 02/2010 MPOG

Art. 44. **O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação. (grifamos)**

5. Portanto, a própria Instrução Normativa consagra o ensinamento pacificado na Doutrina de que a Administração evite exigências amplas, que não favoreçam a ampla competitividade no certame, senão vejamos o que leciona o grande mestre Marçal Justen Filho, *in* Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, pág. 475:

O TCU vem manifestando orientação no sentido de evitar a consagração de exigências amplas, no tocante à qualificação econômico-financeira. Assim, há decisão no sentido de que apenas quando os índices do balanço patrimonial não forem iguais ou inferiores a 1, é que a licitante deverá comprovar que possui capital mínimo ou patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação e vice-versa.

6. Assevere-se que a interpretação adotada por este r. Pregoeiro não se coaduna, inclusive com o entendimento do Tribunal de Contas da União, a saber:

**“Acórdão 6613/2009 – Primeira Câmara
Sumário**



REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO DE TOMADA DE PREÇOS QUE RESTRINGIRAM O SEU CARÁTER COMPETITIVO. DETERMINAÇÕES. MULTA

...

Relatório do Ministro Relator

Adoto, como relatório, a instrução do Auditor Federal de Controle Externo:

O dispositivo do Art. 31 da Lei 8.666/93 deixa quatro alternativas ao administrador assegurar-se de que os licitantes terão condições financeiras mínimas para executar o ajuste a ser celebrado: a) Índices contábeis iguais ou superiores a 1,0; b) capital social mínimo; c) patrimônio líquido mínimo ou d) prestação de garantia, limitada a 1% do valor estimado para o contrato. **Tais hipóteses não são cumulativas, mas permitem uma atuação discricionária do gestor na escolha da melhor forma de comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes. Não podem ser utilizadas de forma concomitante, sob pena de transformar a discricionariedade legítima em arbitrariedade vedada por lei.** (grifo nosso)

7. Note-se ser corrente em licitações desta monta a exigência de apresentação de tais índices no valor igual ou superior a 1,0 ou ALTERNATIVAMENTE Patrimônio Líquido ou Capital Social no patamar de 10% do valor do Contrato, conforme já há tempos assentado na doutrina e na jurisprudência.
 8. É cediço que as Empresas prestadoras de serviços de Telecomunicações têm em seus balanços reflexos significativos na apuração de seus índices financeiros, às vezes apresentando índices positivos, porém inferiores a 1,0 (um). Estes índices são diretamente afetados por empréstimos visando o pagamento de compromissos futuros em virtude de constantes investimentos envolvendo equipamentos e tecnologia de alta capacidade para as redes.
 9. Assim, a proposta de revisão da escrita do tópico Qualificação Econômico-financeira visa adequar o mesmo a realidade do mercado, evitando a exclusão de Licitantes interessados do Certame e com boa situação financeira, embora com índices financeiros positivos, porém inferiores a 1,0 (um), que demonstrarão índices superiores a 1,0 (um) se forem considerados os investimentos e financiamentos constantes de seu balanço patrimonial.
-



10. É neste sentido, que se requer a revisão do Edital em questão, de modo a prever alternativa para se acolher análise do Balanço Patrimonial de Licitante com índices financeiros inferiores a 1 (um), mediante comprovação de patrimônio líquido ou Capital Social igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor a ser contratado, evitando a falta de competição/propostas nesta Licitação prejudicial à própria Administração.

11. Ainda neste sentido assevera a doutrina que:

"O Essencial é que a Administração **não estabeleça exigências descabidas na espécie, nem fixe mínimos de idoneidade financeira desproporcionais ao objeto do certame, a fim de não afastar os interessados de reduzida capacidade financeira, que não é absoluta, mas relativa a cada licitação.** Desde que o interessado tenha capacidade financeira real para a execução do objeto da licitação" (Hely Lopes Meirelles).

12. Face ao exposto, requer a revisão do item em comento do Edital, de modo a não excluir a CLARO do certame, assim como demais empresas que se encontrem em idêntica situação, permitindo, em conformidade com o que preceitua a Lei 8.666/93, que a boa situação econômico-financeira seja comprovada por balanço patrimonial, certidão negativa de falência ou Recuperação Judicial e, ainda, conforme faculta o parágrafo 2º do mesmo artigo, seja exigido patrimônio líquido mínimo em alternativa às empresas que não atendam índices financeiros, **como costuma ser a praxe em editais de diversos órgãos públicos, visando sempre ampliar a competição.**

13. Só assim estar-se-á de fato estabelecendo critérios legítimos e legais para a qualificação econômico-financeira das empresas interessadas em participar do certame, ampliando a competição no certame e garantindo não só a isonomia entre as proponentes como a possibilidade de melhor contratação pela Administração Pública.



II – DA INCIDÊNCIA DE ENCARGOS MORATÓRIOS NAS HIPÓTESES DE ATRASO INJUSTIFICADO DE PAGAMENTO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL

14. O presente edital, nas hipóteses de atraso injustificado no pagamento por parte da Contratante, 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)

15. 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:

‘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

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



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 0,03333% 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.”

16. 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 IGP-DI, ou por outro índice definido pelo Governo Federal, nas hipóteses de responsabilidade do não pagamento das faturas pela Contratante.**

IV – DA CONCLUSÃO E PEDIDO

17. Como resta demonstrado, a alteração do Edital e Anexos em comento é medida que garantirá a legalidade da licitação, possibilitando à ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA selecionar a proposta mais vantajosa para os serviços contratados, assim como manter a legalidade do certame e do futuro contrato administrativo, através da correção das incoerências aqui apontadas.
-



18. 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 e de seus anexos nos termos propostos acima. **Digne-se, pois, o i. Pregoeiro a receber o presente Documento como IMPUGNAÇÃO aos termos do Edital, da Minuta de Contrato e de seus Anexos**, de acordo com o disposto na legislação vigente.

Porto Velho, 25 de abril de 2016.

João Euzébio Bezerra Neto
GERENTE DE CONTAS
CLARO S/A