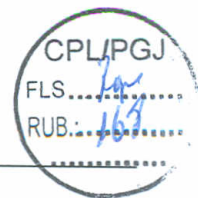




MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

Procuradoria-Geral de Justiça



PREGÃO PRESENCIAL Nº. 002/2008 – CPL/MP/PGJ. RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

DESPACHO

Vieram-me os presentes autos ao dia 29.02.08, para que esta Divisão de Contratos e Convênios preste informações acerca da impugnação ao Edital do Pregão Presencial nº. 009/2007, operado pela Telemar Norte Leste S/A, pretendo licitante.

Obedecendo então a ordem dos itens constante da impugnação passamos a analisar as arguições acerca da minuta de contrato.

1. *Informa o Impugnante que a “Cláusula Nona – Do Preço” é omissa quanto às penalidades a serem imputadas à Administração Pública em caso de inadimplemento, representando uma afronta a Lei nº. 8.666/93, em seus artigos 40, inciso XIV e 55, inciso III.*

Uma das características dos contratos administrativos é a autonomia da vontade do particular de contratar com a Administração Pública, de aceitar a criação deste vínculo, sendo que a Administração não poderá obrigá-lo ao firmamento do contrato, conforme informa Hely Lopes Meirelles, "contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração"¹.

No entanto, embora tenha a Administração prerrogativas diante das contratações, em razão de sua finalidade, o qual se fundamenta em dois importantes princípios, o da supremacia do interesse público sobre o privado, e o princípio da indisponibilidade do interesse público, exercida por meio das chamadas cláusulas exorbitantes, cabe a mesma obedecer ao disposto na Lei de Contratos e Licitações:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei nº. 8.666/93).

Neste sentido, vejamos o que informa o artigo 55, inciso III da Lei nº 8.666/93:

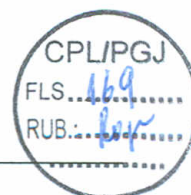
Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
(...)

¹ Direito Administrativo Brasileiro MEIRELLES, Hely Lopes, 25ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, et alii São Paulo, Malheiros, 2000



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

Procuradoria-Geral de Justiça



III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, **os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;** (grifo nosso).

Os critérios de atualização financeira dos valores a serem pagos estão inseridos no artigo 40, inciso XIV, “c” do mesmo diploma legal, quando descreve os elementos obrigatórios do edital de licitação:

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:
(...)

c) **critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;**(grifo nosso).

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

Da leitura dos dispositivos acima, conclui que a legislação vigente permite a atualização de preços desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento.

Da mesma forma entende o STJ, conforme descrito a abaixo:

“ADMINISTRATIVO – CORREÇÃO MONETÁRIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PAGAMENTO COM ATRASO - SÚMULAS 284 E 282/STF

1 – Aplica-se o teor da Súmula 284/STF quanto à violação ao art. 535, II do CPC e a Súmula 282/STF no que se refere às teses não prequestionadas.

2. A jurisprudência desta Corte é firme e pacífica quanto à incidência de correção monetária nos pagamentos com atraso mesmo que não haja previsão contratual.

3. A única exceção é quando o credor, ao receber a parcela devida, mesmo em atraso dá quitação plena.

4. A simples consignação de recebimento no anverso da fatura não induz à quitação plena.

5. Recurso especial improvido.

(STJ, RESP 402742/SP, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, julgado em 26.03.2002)”. (g. n.)

“ATRASSO – PAGAMENTO – CORREÇÃO MONETÁRIA

Na esteira de iterativa jurisprudência, é devida a correção monetária em face da mora, no pagamento de obra realizada, mesmo no caso de contratos celebrados sem previsão”. (STJ RESP 86139/SP, DJU 03/06/96).

“Correção Monetária – Atraso no pagamento de faturas.

É pacífica a jurisprudência da Justiça Federal e do STJ no sentido do cabimento da correção monetária quando configurado o atraso no pagamento de faturas, ainda que a lei e o contrato não a tenham expressamente previsto” (STJ, 2ª Turma, RESP 535858, DJU 28/10/2003. No mesmo sentido, RESP 171160, DJU 11/03/2002, RESP 202912, DJU 12/06/2000).

“1. A correção monetária, não sendo acréscimo, e sim expressão atualizada da moeda, faz-se incidente quando há impontualidade no pagamento.

2. Independentemente de previsão legal ou contratual, a correção monetária decorre do princípio do equilíbrio econômico das partes contratantes”. (TRF-1ª Região, 4ª Turma, AC 95.01.30103-6/DF.)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

Procuradoria-Geral de Justiça



Observando o que dispõe a jurisprudência pátria, conclui-se que tanto o Edital de Licitação Pregão Presencial nº. 002/08 CPL/MP/PGJ quanto a Minuta de Contrato foram omissos em relação ao critério de atualização financeira dos valores quando há impuntualidade no pagamento.

Portanto, com fito de que se preserve o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, donde se conclui que não significa qualquer acréscimo, mas somente ajuste do valor contratual, buscando somente recomposição do poder de compra do capital, e de evitar o enriquecimento ilícito de uma das partes, esta Divisão de Contratos e Convênios sugere a mudança da atual Cláusula Nona, conforme abaixo:

“ CLÁUSULA NONA – DO PREÇO

O Preço Estimativo do presente Contrato é de R\$ _____, a ser executado em 12 (doze) parcelas estimadas em _____, conforme proposta de preços apresentada pela CONTRATADA, de acordo com o cronograma de desembolso do Termo de Referência nº. _____ que passa a fazer parte integrante deste Contrato, independentemente de transcrição.

Parágrafo primeiro. O pagamento à CONTRATADA será mensal, e efetuado até o 10º (décimo) dia da apresentação de fatura ou nota fiscal dos serviços executados devidamente atestado pelo setor competente, por meio de depósito na conta-corrente da CONTRATADA, através de Ordem Bancária, sendo o valor do primeiro pagamento o somatório do valor da aquisição dos aparelhos com mensalidade, ficando somente o valor da mensalidade para as demais parcelas.

Parágrafo segundo. Por ocasião de cada pagamento, a CONTRATADA deverá apresentar ainda, os seguintes documentos, todos originais: requerimento, recibo, Certidões Negativas de Débito junto às Fazendas Federal, Estadual e Municipal; certificado de regularidade quanto ao recolhimento das obrigações previdenciárias e do FGTS, e ainda, Documento de Arrecadação – DAR, com a taxa devidamente paga.

Parágrafo terceiro. A consulta relativa à regularidade fiscal, exigida quando da habilitação, será feita previamente ao pagamento, devendo seu resultado ser juntado aos autos do processo próprio e ficando o efetivo pagamento a ela condicionado.

Parágrafo quarto. Nenhum pagamento será efetuado à CONTRATADA, enquanto pendente de liquidação qualquer obrigação financeira que lhe for imposta, em virtude de penalidade ou inadimplência contratual, sem que isso gere direito a acréscimos de qualquer natureza, casos em que o prazo acima referido será contado a partir da efetiva regularização pela CONTRATADA.

Parágrafo quinto. A atualização financeira é admitida nos casos de eventuais atrasos de pagamento pela Administração, desde que a CONTRATADA não tenha concorrido de alguma forma para o atraso. É devida desde a data limite fixada no CONTRATO para o pagamento até a data correspondente ao efetivo pagamento da parcela.

Parágrafo sexto. O índice de atualização é o IGP-M (Índice Geral de Preços de Mercado da Fundação Getúlio Vargas).

Parágrafo sétimo. Aplica-se a mesma regra disposta no parágrafo anterior, na hipótese de eventual pagamento antecipado, observado o disposto no art. 40, XIV, “d” da Lei nº 8.666/93.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

Procuradoria-Geral de Justiça



Parágrafo oitavo. Do montante devido à CONTRATADA poderão ser deduzidos os valores correspondentes a multas e/ou indenizações impostas pela CONTRATADA.

2. *Quanto à invocação da previsão da aplicação de multa e juros à Administração na hipótese de inadimplemento do pagamento.*

Cabe lembrar que a Lei nº. 8.666/93 - lei que rege os Contratos Administrativos, não contempla em seus dispositivos tal possibilidade, preponderando o fato de que no atual ordenamento jurídico inexistente a possibilidade de o particular, que contrata com a Administração Pública, venha adquirir poderes para impor penalidades à mesma.

É sabido ainda que o contrato administrativo emana da vontade do particular de contratar com a Administração Pública, de aceitar a criação deste vínculo.

Por oportuno, relata o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes o entendimento do TCU ao discutir sobre a matéria: “...evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário)... Fonte TCU – Decisão 585//94-1 ”²

Deste modo, entende-se que não merece, pois, prosperar, a aplicação de multas e juros à Administração Pública.

3. *Em relação à atualização monetária com base no índice IGP-DI.*

Primeiramente, verifica-se que o referido licitante não informa o porquê de sua solicitação. No entanto, verifiquemos do que trata os referidos índices:

O IGP-M³: Índice Geral de Preços de Mercado origina-se de média ponderada do IPA-M (60%), do IPC-M (30%) e do INCC-M (10%). A coleta de preços é feita entre o dia 21 do mês anterior ao de referência e o dia 20 do mês de referência. A cada mês de referência apura-se o índice três vezes: os resultados das duas primeiras apurações são considerados valores parciais (prévias), a última é o resultado definitivo do mês.

O IGP-DI⁴: Índice Geral de Preços de Disponibilidade Interna é uma média aritmética, ponderada dos seguintes índices: O IPA ponderada em 60% o IGP-DI/FGV, O IPC pondera em 30% o IGP-DI/FGV e o INCC pondera em 10% o IGP-DI/FGV.

O que difere o IGP-M/FGV e o IGP-DI/FGV é que as variações de preços consideradas pelo IGP-M/FGV referem ao período do dia vinte e um do mês anterior ao dia vinte do mês de referência e o

² (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, Vad emecum e Licitações e Contratos. Legislação selecionada e organizada. Belo Horizonte: Fórum, 2004. P.605/606).

³ Índices Gerais de Preços: Fonte: http://www.fgv.br/dgd/asp/dsp_Janela.asp?conteudo=dsp_IGP_DI_10_M.asp

⁴ Índice Geral de Preços – IGP-DI Disponibilidade Interna (Fundação Getúlio Vargas - FGV) <http://www.portalbrasil.net/igp.htm>



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

Procuradoria-Geral de Justiça



IGP-DI/FGV refere-se a período do dia um ao dia trinta do mês em referência.⁵ Assim, se percebe que os referidos índices diferem em razão do período de coleta.

Ademais, do princípio da razoabilidade melhor seria que o índice adotado fosse o específico ou setorial, ou seja, àquele que está intrinsecamente ligado ao objeto do contrato. Ou seja, em caso de construção civil, um índice que reflita a variação efetiva dos custos de produção desta área de mercado, tal como o INCC (Índice Nacional da Construção Civil). No entanto, tal situação não se aplica ao objeto do contrato – serviço de internet móvel.

Deste modo, não vendo fato que obrigue a mudança do índice escolhido por esta Instituição, entendemos que fica a eleição do referido índice de correção monetária no âmbito de discricionariedade do gestor do contrato, razão pela qual **esta Divisão não aprova tal requerimento, permanecendo então o referido valor corrigido por meio do IGP-M/FGV.**

4. *Em relação à cláusula décima – do reajustamento, o pretense licitante solicita a alteração do índice informado pelo IGP-DI.*

Ora, a Cláusula Décima não fixa o IGP-M/FGV como o único índice a ser usado pela Administração quando do reajuste contratual, pois, a mesma cláusula informa que poderá ser utilizado outro índice que melhor espelhe o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Todavia, o caso tem-se situação análoga àquela constante do item 3 supra comentada. Por essa razão, fazemos remissão ao teor do item 3, ficando desta forma inadequada a alteração solicitada.

5. *A Telemar informa que a minuta contratual em sua cláusula décima primeira – das penalidades nada estabelece a respeito do prazo quanto à suspensão temporária de participação, em licitação e impedimento de contratar, dita no artigo 87, inciso II da Lei nº. 8.666/93.*

Os contratos administrativos obedecem às disposições previstas na Lei nº. 8.666/93 e alterações, subordinação esta ratificada por meio na minuta de contrato em sua Cláusula Décima Nona – Das Normas Aplicáveis, transcrita abaixo:

“CLÁUSULA DÉCIMA NONA – DAS NORMAS APLICÁVEIS

O presente contrato reger-se-á por toda a legislação aplicável à espécie e, ainda, pelas disposições que a complementarem, alterarem ou regulamentarem, cujas normas, desde já, entendem-se como integrantes do presente termo, especialmente a Lei nº. 8.666/93, e suas alterações posteriores.”... (grifo nosso)

⁵ Op. cit.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS

Procuradoria-Geral de Justiça



Por conseguinte, mesmo não informando explicitamente o prazo da suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, esta Procuradoria observará o que couber a Lei n.º. 8.666/93 e suas alterações.

Data máxima vênua, informo que essas são as considerações da Divisão de Contratos e Convênios, bem como solicito que esta interpretação seja encaminhada à Assessoria Jurídica desta PGJ/AM para análise e julgamento.

Sem mais, renovo protesto de consideração e respeito.

Manaus, 14 de março de 2008.

KÁTIA RENATA DA SILVA
Divisão de Contratos e Convênios da PGJ-AM