

À
TELEMAR NORTE LESTE S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
Rua do Lavradio, 71, 2º andar
Centro
Rio de Janeiro – RJ

Trata-se da impugnação apresentada pela TELEMAR, no dia 28/08/2019, aos termos do edital BDMG-19/2019, da qual conheço, por sua tempestividade e por entender cumpridos os pressupostos para a admissão.

Passo ao exame dos pontos levantados no instrumento impugnativo, os quais considere em sua completude, mas consignarei sinteticamente, sempre em excertos literais, entre aspas e em itálico, recortados das razões trazidas pela Impugnante.

1. REAJUSTE DOS PREÇOS.

Insurgindo-se contra o que dispõe o edital, Anexo IV, item 4.3, a TELEMAR, juntando excertos de bibliografia técnica específica e remetendo ao que dispõem a Constituição da República, art. 37, XXI, e a Lei Federal 8.666/93, acerca do reajuste dos valores contratados, requer “*a adequação do item 4.3 da Minuta do Contrato, de modo que o reajuste dos preços seja realizado da seguinte forma: ‘A Contratada poderá reajustar os preços de cobrança dos serviços a cada 12 meses, a contar da data de assinatura do presente instrumento, considerando seu valor básico o atualizado até esta data, devendo ser utilizado como índice de reajuste o IGP-DI’*”.

O pedido não terá provimento.

Preliminarmente, esclareça-se que o pregão do BDMG, empresa pública do Estado de Minas Gerais, não se vincula, nem mesmo subsidiariamente, ao que prescrevem a Constituição Federal, art. 37, inciso XXI, e a Lei Federal 8.666/93. Tenha-se, da Constituição da República:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

...

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e **para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III**

...

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

...

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

Sobre o reajustamento de valores contratados, o estatuto jurídico da empresa pública – Lei Federal 13.303/2016 – assim define:



Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:

...

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

No edital, tais requisitos foram supridos no Anexo IV, cláusulas quarta e quinta.

Sobre a utilização de índice de reajuste diverso do estabelecido no item alterado do edital, a impugnant não expõe razões determinantes para a alteração requerida, consistindo fundamentalmente seu arrazoado em remissões à Lei Geral de Licitações, não aplicável ao BDMG, e em definições sobre o modus operandi das empresas de telecomunicações.

Por outro lado, o IPCA-E é índice padrão de reajustamento estipulado pelo Governo do Estado, mediante a Resolução Conjunta SEPLAG/SEF nº 8.888/2013, e sua aplicação tanto atende à regra da Lei Federal 10.192/2011, art. 2º, quanto privilegia o princípio da economicidade ao qual se junte o Banco, nos termos da Lei Federal 13.303/2016, art. 31, *caput*.

Assim, a regra impugnada será mantida.

2. PAGAMENTO VIA NOTA FISCAL COM CÓDIGO DE BARRAS

Afirma a TELEMAR que *“O item 5.4 da Minuta de Contrato estabelece que o pagamento deverá ser realizado por meio de crédito em conta corrente. Ocorre que tal sistema de pagamento encontra-se em dissonância com o procedimento de pagamento adotado relativamente aos serviços de telecomunicações, uma vez que esses são pagos mediante apresentação de fatura (nota fiscal com código de barras), ou mediante SIAFI” e “requer a alteração do item 5.4 da Minuta de Contrato, a fim de permitir que o pagamento seja realizado mediante autenticação de código de barras, facilitando, assim, o reconhecimento eficiente do pagamento”*

O pedido será provido, para privilégio do interesse público, vez que a alteração proposta consubstancia o princípio da obtenção de competitividade, norteador das licitações do BDMG por força da Lei Federal 13.303/2016, art. 31, *caput*.

3. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

Pugna a TELEMAR que *“a correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada” e que “faz-se necessária a alteração do item 5.11 da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI”.*

Pedido não acolhido.

O princípio da economicidade obriga as condições editalícias, por força da lei, conforme já posto.

4. DAS PENALIDADES EXCESSIVAS

Defende a Impugnante que “o item 10.6, alínea ‘b’ da Minuta do Contrato determina a aplicação de multas que extrapolam o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato estabelecido pelo Decreto nº 22.626/33, em vigor conforme Decreto de 29 de novembro de 1991” que “a fixação de multa nesse patamar também ofende a Medida Provisória nº 2.172/01 (e suas reedições), aplicável a todas as modalidades de contratação, inclusive aquelas firmadas entre particulares e Administração Pública” e “requer a adequação do 10.6, alínea ‘b’ da Minuta do Contrato, para que as multas aplicadas observem o limite de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato”.

Pedido não acolhido.

É discricionário da Administração definição do valor da multa, como reconhece a própria Impugnante, e tendo em vista a natureza dos serviços objeto do edital impugnado é razoável o estabelecimento do patamar de 20%, nos termos do edital, ANEXO V, item 10.6.b.

Esse valor é o efetivamente posto como máximo, na jurisprudência e em regulamentação interna de órgãos públicos.

Definiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE DA EXIGÊNCIA DE MULTA IMPOSTA POR INEXECUÇÃO TOTAL DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O ato impugnado neste mandado de segurança – consubstanciado no indeferimento da solicitação de dispensa de pagamento de multa prevista em contrato administrativo – não viola o princípio da legalidade a que se refere o art. 37, caput, da Constituição da República, tampouco os arts. 393 do Código Civil e 70 da Lei 8.666/93. A inexecução contratual não decorreu de força maior ou de fato de terceiro, mas de conduta culposa da impetrante.

2. Não assiste razão à recorrente quando alega que teria havido violação do princípio do interesse público. A pretensão de que a multa não seja aplicada constitui e integra o rol dos interesses meramente privados da impetrante. A sua aplicação, ao reverso, tem por escopo o interesse público: (I) por conferir efetividade às normas da Lei 8.666/93 relativas à inexecução contratual; (II) por ter efeito e caráter didático, obstando ações temerárias por parte dos pretendentes a contratar com a Administração Pública (e a conduta da impetrante foi temerária e negligente). O contrato tem por objeto atender finalidade pública que será postergada e adiada pela necessidade de se realizar nova contratação. Há que ser considerado o tempo e os recursos financeiros e humanos empreendidos na licitação e na contratação. Portanto, violadora do interesse público seria a não aplicação de sanção legal e contratualmente prevista para a hipótese.

3. Não procede a alegada violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Dada a inexecução do contrato administrativo em questão, para o qual ficou avençado o valor total de R\$ 3.877.046,00, **não deve ser considerada desproporcional ou desrazoável a multa fixada em vinte por cento (20%) sobre o valor correspondente apenas aos componentes de hardware e software da Solução de Automação de Fitoteca contratada.**

4. Não merece prosperar a alegada violação do princípio da motivação dos atos administrativos. A decisão que indeferiu a solicitação de dispensa da multa contratual indicou os fundamentos de fato e de direito necessários para a imposição da sanção administrativa. O motivo de direito foi a previsão legal e contratual expressa da multa. O motivo de fato foram a inexecução contratual e a conduta culposa da impetrante.

5. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 21949/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)

De julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem-se:



EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. NÃO CUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. OBEDIÊNCIA AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA. MULTA CONTRATUAL. PREVISÃO CONTRATUAL. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PRETENSÃO JÁ ANALISADA PELO COLEGIADO. REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. FINS DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO ACOLHIMENTO.

I. Não havendo no acórdão embargado qualquer dos vícios elencados no art. 535 do CPC a justificar a interposição dos embargos declaratórios, o recurso deve ser rejeitado.

II. Demonstrado por meios probatórios fáticos, que o atraso no cronograma da execução do objeto contratual ocorreu por culpa exclusiva da empresa contratada, mostra-se possível a rescisão contratual unilateral pela Administração Pública.

III. Aplica-se a multa contratual de 20% (vinte por cento) sobre o valor do contrato, em atendimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

IV. Insustentável na via dos embargos de declaração, reavivar a própria discussão em torno do tema controvertido, sem o apontamento mínimo de vício no acórdão, o que escapa aos estreitos limites dos declaratórios, já que este recurso constitui em meio de integração e não de revisão do que foi decidido no acórdão.

V. O julgador não está obrigado a se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos e argumentos trazidos pela parte, se já houver encontrado motivos suficientes para fundamentar a sua convicção/decisão.

VI. Ainda que para fins de prequestionamento, os embargos declaratórios só serão admitidos se a decisão padecer de algum dos vícios elencados no art. 535 do CPC. (TJMG - Embargos de Declaração- Cv 1.0024.10.198514-1/002, Relator(a): Des.(a) Washington Ferreira , 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 23/07/2013, publicação da súmula em 26/07/2013)

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal editou a Portaria GPR 1.497/2011, em que define:

Art. 4º Se houver inexecução total ou parcial do contrato, será aplicada multa compensatória no percentual de 20% (vinte por cento).

§ 1º A inexecução total do objeto do contrato implicará multa de 20% (vinte por cento), a qual será calculada sobre o valor total do contrato ou de instrumento equivalente.

§ 2º A inexecução parcial do objeto do contrato implicará multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor da prestação não cumprida, considerado o valor dos materiais não fornecidos ou das parcelas dos serviços ou das obras não executadas. (Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-gpr/2011/01497.html>> Acesso em: 22 setembro 2014.)

5. DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DA MULTA

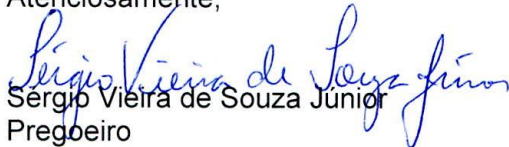
A Impugnante proclama ainda que “o item 10.6, alínea ‘a’ da Minuta do Contrato não faz distinção quanto as penalidades aplicadas nos casos de inexecução total e parcial do Contrato” e que “o princípio da razoabilidade acarreta a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais”, requerendo “a alteração do item 10.6, alínea ‘a’ da Minuta do Contrato, de modo que a base de cálculo para a aplicação da multa, nas hipóteses de inexecução parcial, seja o valor mensal ou percentual da parcela inadimplida e não o valor total do Contrato”.

Pedido não provido.

Ao contrário do que afirma a Telemar, a distinção quanto as penalidades aplicadas em situações de inexecução total e parcial do contrato consta expressamente nos itens 10.6.a e 10.6.b da minuta contratual, Anexo IV do edital.

Sobre o que impõe o princípio da razoabilidade, não cabe definir como irrelevante qualquer defeito na execução das prestações contratuais, dada a natureza do objeto licitado. A multa conforme estabelecida condiz com a essencialidade dos serviços a serem contratados, para o funcionamento do BDMG: a qualidade do acesso à internet impacta objetivamente na eficiência e efetividade dos processos executados pelo Banco, tanto internamente quanto na relação com o cliente externo.

Atenciosamente,



Sérgio Vieira de Souza Júnior
Pregoeiro

Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A. – BDMG