



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Senhores,

A seguir, resposta a questionamentos referentes ao Pregão Presencial nº 37/12:

### **Questionamento I: ADIAMENTO**

Considerando-se a complexidade do objeto do certame e para que possa apresentar uma melhor solução técnica e de preços, em conformidade com as expectativas de V.Sas., necessita seja prorrogada a entrega e abertura de envelopes de proposta e documentação das proponentes interessadas em participar deste certame.

Sem dúvida alguma, a prorrogação pretendida resultará em benefícios para V.Sas., uma vez que haverá maior competitividade no certame, melhores propostas e lances, resultando numa melhor oferta para a Administração, em prol do interesse público.

E assim prevê o art. 3º, § 1º da Lei nº 8.666/93, a seguir transcrito:

**“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”**

Destaca-se ainda que a elaboração de um edital é ato administrativo que deve se basear no princípio da razoabilidade, da economicidade e da competitividade, sendo certo que o adiamento ora requerido viabilizará a competição do certame, com a conseqüente apresentação de propostas mais vantajosas e melhor adjudicação pelo TCE-SP.

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento no seguinte sentido:

**“o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrentes. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a Administração Pública”.**

Solicita-se, assim, adiamento do certame por aproximadamente 15 a 20 dias úteis.

### **Resposta ao Questionamento I:**

Considerando que foram concedidos mais de 10 dias úteis para elaboração das propostas (DOE e Folha de São Paulo, de 21/09/12), maior que o prazo estabelecido na Lei nº 10.520/02 de 8 dias úteis, fica mantida a abertura da sessão pública de processamento do Pregão Presencial nº 37/12 marcada para o dia 08/10/2012.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

### Questionamento II: ENCARGOS POR ATRASO NO PAGAMENTO

Questiona-se quais os percentuais de multa e juros de mora, bem como qual índice de correção monetária incidentes na hipótese de eventual atraso no pagamento por V.Sas..

Isto porque certo é que sobre o valor histórico devem incidir compensações financeiras e penalidades por eventuais atrasos no pagamento.

E nesse sentido, cabe transcrever 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 8.666/93 (que rege as licitações e contratos públicos) e legislação em vigor, posicionamento do Tribunal de Contas da União e doutrina dominante, nos seguintes termos:

“(…)

**(c) estipulação de multa, juros e correção monetária, no caso de atraso no pagamento de serviços**

**(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.’*



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

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,—~~inclusive concessionárias de serviços públicos~~, 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, 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.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

### (c.3) juros de mora

Por força do art. 1º da Lei nº 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.”

Solicita-se, assim, que na eventual hipótese de atraso no pagamento por V.Sas. incidam os mesmos encargos que incidem aos usuários do Serviço Telefônico Fixo Comutado e demais serviços de telecomunicações, nos seguintes termos:

**“O não pagamento do valor devido até a data do vencimento sujeitará o CLIENTE, imediata e independentemente de notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, às seguintes sanções:**

**Pagamento, de uma só vez, do débito total composto das seguintes parcelas:**

**a) valor original de CPS;**

**b) 2% (dois por cento) de multa sobre o valor de CPS; e**

**c) atualização dos valores descritos nos subitens (a) e (b) acima pelo IGP-DI, fornecido pela Fundação Getúlio Vargas, ou, no caso de extinção do IGP-DI, por outro índice que reflita a variação dos preços no período em questão, acrescidos de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês calculado pro-rata die, desde a data do vencimento do documento de cobrança até a data da efetiva liquidação do débito.”**

### **Resposta ao Questionamento II:**

Havendo atraso nos pagamentos, sobre o valor devido incidirá correção monetária nos termos do artigo 74 da Lei estadual nº 6.544/1989, bem como juros moratórios, à razão de 0,5% (meio por cento) ao mês, calculados “*pro rata tempore*” em relação ao atraso verificado.



## TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

### **Questionamento III: REAJUSTE ANUAL**

Solicita-se seja alterado o edital para que incida, no reajuste anual do contrato, o Índice de Serviços de Telecomunicações – IST estipulado pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL para correção de tarifas e outros valores de serviços de telecomunicações, a fim de que fique mais aproximado e adequado ao objeto deste certame.

### **Resposta ao Questionamento III:**

Este Tribunal adota para os serviços contínuos as diretrizes do Decreto Estadual nº 48.326/03, que estabelece como índice de reajuste IPC-FIPE, o qual será mantido.

Atenciosamente,

Seção de Licitações

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo