



**Elster Medição de Água Ltda.**  
Av. Lincoln Alves dos Santos,  
944 - Distrito Industrial  
Montes Claros, Minas Gerais  
Brazil  
CEP/ZIP CODE: 39404-005  
T +55 (38) 3690 9700  
F +55 (38) 3690 9706  
[www.elster.com.br](http://www.elster.com.br)

Montes Claros, 07 de junho de 2017.

## **SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SÃO MATEUS - ES**

ATT.: Sra. Pregoeira Seleste de Araújo Zancanella

REF.: Edital do Pregão Presencial nº 000006/2017/2017 – Registro de Preços

Senhora Pregoeira,

A **ELSTER Medição de Água Ltda.**, C.N.P.J. 21.581.509/0001-45, interessada em participar no Pregão Presencial nº 000006/2017, vem tempestiva e respeitosamente, perante V.S<sup>a</sup>, consoante lhe faculta a legislação vigente e o edital, solicitar esclarecimentos nos termos seguintes.

### **Consulta 1:**

Determina o edital que o prazo de entrega dos hidrômetros será de até 20 (vinte) dias úteis, a contar do recebimento da Ordem de Fornecimento.

Contudo, para serem produzidos com a qualidade e eficiência que o cliente merece, exige-se todo um processo de logística para produção, embalagem e transporte, ou seja, toda uma complexidade de procedimentos internos e de transporte que são necessários para fabricação e entrega dos mesmos.

Desta feita entendemos, com a devida vênia, que o prazo fixado para entrega do material está demasiado exíguo, o que pode limitar a participação de licitantes que se situam em outros estados.

Cumpre salientar que é de praxe, para esses produtos, serem adotados prazos maiores de entrega em editais de licitações semelhantes a este, de materiais equivalentes em tipos e quantidades, uma vez que se reputa mais adequado para a entrega em tempo hábil.

Não obstante, o aumento do prazo de entrega acaba por ampliar a participação de licitantes que se situam em outros estados, que podem ofertar produtos de excelente qualidade e com propostas vantajosas para a Administração, atendendo-se, assim ao art. 3º, Lei Federal nº 8.666/93:

*Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).*

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010).*

**Desta feita, questionamos:** podemos participar desta licitação ofertando prazo de entrega de até 45 dias (podendo, inclusive ser entregue antes)?

## **Consulta 2:**

Acerca da **cláusula penal**, constatamos que assim está distribuída no edital e seus anexos:

	<b>Edital (cláusula XVI)</b>	<b>Termo de Referência (cláusulas 8 e 17)</b>	<b>Minuta da Ata de Registro de Preços (subcláusulas 1.10, "b")</b>
<b>Multa moratória:</b>	0,03% ao dia, limitada a 20% do valor total do contrato (alínea "b").	Não informa.	Não informa.
<b>Multa compensatória:</b>	10% sobre o valor da obrigação inadimplida, ou do valor do contrato (alínea "c").	Multa de 20% pelo descumprimento das cláusulas contratuais, sobre valor total do Contrato (17.1, "b").	Multa de 20% pelo descumprimento das cláusulas contratuais, sobre o valor do contrato.
<b>Recusa em aceitar pedido de fornecimento no prazo estabelecido:</b>	10% sobre o valor total do contrato (alínea "f").	Não informa.	Não informa.
<b>Responsabilidade:</b>	Responder, inclusive financeiramente, por qualquer dano ou prejuízo causado ao Contratante, à União, Estado, Município ou a terceiros (sem limitação – subcláusulas 18.15 e 18.24)	Responsabilizar-se penal e civilmente por prejuízo ou dano causado ao Contratante, seus funcionários ou a terceiros (sem limitação – subcláusulas 8.1.4)	Não informa.

Como se pode ver desta compilação, temos a multa moratória limitada a 20% do valor total do contrato; a multa compensatória, a despeito das divergências encontradas, limitada no importe de 20% sobre o valor do contrato, e temos a imputação de responsabilidade por dano ou prejuízo, sem qualquer limitação.

Temos ainda que, na absurda hipótese de um contratado incorrer em todas as faltas estabelecidas, suportará uma multa total de 40% (quarenta por cento) do valor total do contrato, sem contar a indenização por perdas e danos nas condições estabelecidas no edital e seus anexos.

Ressaltamos que esta empresa preza pelo cumprimento pontual de suas obrigações, buscando pautar-se sempre por efetuar suas entregas dentro dos prazos estabelecidos e cumprir fielmente todas as determinações contratuais. Ainda assim, chamou-nos a atenção os limites da cláusula penal.

Explica-se.

Acerca da cláusula penal, assim ensina a ilustre doutrinadora Maria Helena Diniz (em Direito Civil Brasileiro – 21ª edição. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 435):

*Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato, se não cumprir ou fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual (Grifamos).*

Ou seja, incontestemente que as cláusulas e limitações impostas conforme demonstrado na tabela acima constituem-se todas em cláusula penal, a serem aplicadas ao contratado faltoso.

Incontestemente, também, a finalidade da cláusula penal, em especial nos contratos administrativos, de se coibir atrasos, inexecução contratual e/ou práticas que causem danos ao erário.

Lado outro, o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quando se fala em Licitações, nos apresenta uma preocupação constante em não se gerar ônus excessivo e

consequente desequilíbrio econômico financeiro para o contratado.

Vejamos. O art. 52, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicado subsidiariamente ao caso em espécie, estabelece que “*as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo **não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação**”.*

Já vemos aqui que a multa de mora não pode, sob qualquer hipótese, extrapolar o limite legal, de 2% (dois por cento), sob pena de ilegalidade.

Em contrapartida, a chamada “Lei da Usura”, estabelecida por meio do Decreto Federal nº 22.626/1933, a qual tem entre suas motivações coibir a “*remuneração exagerada, impedindo o desenvolvimento das classes produtoras*”, considerando-se isto de “*interesse superior da economia do País*”, assim determina:

**Art. 9º. Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida. (Grifamos).**

Ora, se o CDC já limita as multas de mora a 2% do valor da prestação, a Lei da Usura, por seu turno, **limita toda a cláusula penal em 10% (dez por cento) do valor do contrato, de forma a coibir o enriquecimento ilícito e o excessivo desequilíbrio contratual.**

Retornemos àquela conta feita inicialmente, por meio da qual concluímos, apenas por argumentar, que um contratado que incorra em todas as faltas previstas na cláusula penal suportará uma multa de 40% (quarenta por cento) do valor total do contrato.

Ato contínuo, consideremos que as multas serão descontadas dos pagamentos devidos, e o contratado ainda poderá ter que arcar com indenização por perdas e danos por eventual prejuízo.

Neste caso, poderão haver situações em que o contratado sequer receba a contraprestação pelo fornecimento dos produtos, fornecendo-os de forma gratuita à Administração Pública.

Tenhamos, pois, em vista as limitações legais aqui expostas, a vedação ao

desequilíbrio econômico financeiro explorada na Lei 8.666/93, e ainda, a proibição do enriquecimento ilícito da Administração Pública (proibição implícita no art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666), que é incompatível com o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988).

Justifica-se a aplicação dessas limitações legais com base no art. 54 da Lei 8.666, o qual autoriza a aplicação subsidiária da lei civil aos contratos administrativos.

Com isso, entendemos que as multas de mora para esta contratação devem ser aplicadas no importe máximo de 2% sobre o valor da prestação, que as multas individualmente devem ser limitadas a 10% sobre o valor do contrato, e o valor agregado das penalidades, considerando-se aqui o somatório de toda a cláusula penal (incluídas as multas de mora, multas compensatórias e responsabilidade por danos e prejuízos) deve ser também no limite de 10% (ou no máximo 20%, em vista da razoabilidade e proporcionalidade) sobre o valor do contrato.

Alternativamente, caso se entenda não ser cabíveis os limites legais acima estabelecidos (o que se admite apenas por amor ao debate, uma vez que a lei há que ser respeitada, em vista do princípio da legalidade) temos ainda que o art. 412 do Código Civil Brasileiro, determina que *“o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”*.

Ou seja, ainda assim, temos mais uma limitação legal, de que toda a cláusula penal não poderá ser em valor acima do valor total do contratos, incluídas aqui as multas de mora, as multas compensatórias e responsabilidade por danos e prejuízos.

Em vista do exposto, questionamos sobre a correção do nosso entendimento à luz da legislação vigente e do princípio da legalidade, e, em sendo o caso, solicitamos:

- a)** sejam as multas moratórias estabelecidas, valendo-se para o edital e todos os seus anexos (inclusive ata de registro de preços e eventual contrato) no limite máximo de 2% (dois por cento) sobre o valor da prestação;
- b)** sejam todas as penalidades (moratórias, compensatórias e de responsabilidade por danos), valendo-se para o edital e todos os seus anexos

(inclusive ata de registro de preços e eventual contrato), limitadas individualmente no importe máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato, cada uma;

- c) seja o valor agregado de todas as penalidades previstas na cláusula penal, valendo-se para o edital e todos os seus anexos (inclusive ata de registro de preços e eventual contrato), estabelecida em seu somatório no limite máximo de 10% ou 20% do valor total do contrato;
- d) alternativamente, seja ao menos a cláusula penal (incluídas aqui as multas de mora, as multas compensatórias e responsabilidade por danos e prejuízos), limitada nos termos do art. 412 do Código Civil.

### **Consulta 3:**

Considerando o **item 8.13** do Edital, onde diz que é obrigação da contratada “proceder a medição no período compreendido entre o dia 1º (primeiro) e o dia 30 do mês de competência e emitir os respectivos Boletins de Medição, entregando-os à CONTRATANTE a partir do 1º (primeiro) dia útil do mês seguinte ao da medição”, levando em conta que o referido item refere-se a prestação de serviço de medição, observa-se que existe uma divergência com o **item 2.1** do Edital.

O item **2.1**, diz que o objeto do Edital se trata de “Registro de preços, para aquisição futura de hidrômetros, conforme especificações e quantidades determinadas no Anexo I deste Edital (Termo de Referência)”. Pode-se observar que não cita que deverá ser prestado tal serviço, mas somente a aquisição de hidrômetros.

**Desta forma, questiona-se:** poderia nos esclarecer referente ao **item 8.13**, visto que existe uma divergência com o objeto do Edital no **item 2.1**?

Ressalta-se que estes questionamentos visam ampliar a disputa, mantendo a correção das propostas e a qualidade dos produtos a serem ofertados, garantindo, assim, o atendimento aos princípios da isonomia e do caráter competitivo, ao mesmo passo em que se garante a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.



São os termos em que, solicita esclarecimento.

Atenciosamente,

A handwritten signature in blue ink, reading "Angel Lorrane Versiani Medeiros".

**ELSTER Medição de Água Ltda.**

*Angel Lorrane Versiani Medeiros*

*Estagiária – Licitações*

*Tel. (38) 3690.9732 - E-mail : [hbtlicitacaobr0e@honeywell.com](mailto:hbtlicitacaobr0e@honeywell.com)*