

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PIAUÍ.

IMPUGNAÇÃO - com fulcro no art. 24 do Decreto n.º 10.024/2019

PREGÃO ELETRÔNICO N.º 02/2021.

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 23111.014108/2019-69

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.,
com sede à Calçada Canopo, 11 - 2º Andar - Sala 03 - Centro de Apoio II - Alphaville -
Santana de Parnaíba/SP - CEP: 06541-078, Tel. (19) 3518-7021, e-mail:
licitacao@primebeneficios.com.br e tiago.magoga@primebeneficios.com.br, por
intermédio de seu procurador subscrito *in fine*, vem, respeitosamente, nos termos da
cláusula 3.1 do edital, apresentar IMPUGNAÇÃO AO EDITAL, consoante motivos a
seguir determinados:

I - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Considerando que a IMPUGNANTE é uma empresa que exerce a atividade compatível com o objeto da licitação e, portanto, pretensa licitante, o prazo para impugnação é de até o 3º dia útil que antecede a abertura das propostas, conforme art. 24 do Decreto n.º 10.024/2019:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

A contagem dos prazos nos processos licitatórios e nos contratos administrativos está disciplinada no artigo 110 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

*Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.
Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade. (grifo nosso)*

Em suma, independentemente de a contagem dos prazos ser para frente ou para trás, exclui-se o primeiro, que é dia do evento, publicação ou ato de origem da contagem e inclui-se o último que é o dia em que pode ser executado o objeto da contagem do prazo.

Desta feita, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 3 (três) dias úteis anteriores a data da abertura da licitação, conforme quadro ilustrativo abaixo:

Terça	Quarta	Quinta	Sexta	Final de Semana	Segunda
19/01/21	20/01/21	21/01/21	22/01/21	23 e 24/01/21	25/01/21
	3º dia útil Término da contagem. <u>Inclui-se este dia.</u>	2º dia útil	1º dia útil		Abertura das propostas Início da contagem <u>Exclui-se este dia</u>

II - DO PRAZO PARA RESPOSTA DA IMPUGNAÇÃO

Como regra, a impugnação ao edital não tem efeito suspensivo em relação à realização do certame. Mas, é obrigação do Pregoeiro respondê-la no prazo máximo de 02 (dois) dias úteis, contados da sua interposição junto à Administração Pública, **como determina o §1º do referido artigo 24:**

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado do data de recebimento da impugnação.

Dessa forma, o Pregoeiro deverá apresentar resposta, no máximo, 02 (dois) dias úteis após o recebimento da impugnação, sob pena de invalidação do certame, pois, caracteriza omissão abusiva, restringe a competitividade e ofende o interesse público, afrontando o Princípio Constitucional da Publicidade, cuja finalidade é atribuir transparência e permitir o controle e fiscalização do Estado por toda à coletividade.

I - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 25/01/2021 as 09:00 horas, a abertura do Pregão Eletrônico n.º 02/2021, para o seguinte objeto:

“Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração e gerenciamento informatizado de abastecimento de combustíveis em veículos oficiais, tratores, máquinas roçadeiras e grupos de geradores pertencentes ao Colégio Técnico de Bom Jesus/Universidade Federal do Piauí - CTBJ/UFPI, com tecnologia de cartão eletrônico, em rede de postos credenciados no Estado do Piauí e outros Estados da Federação, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.”

Em detida análise ao edital constatou-se **ilegalidades** que afrontam o Comando Constitucional que determinou a realização de procedimento licitatório, bem como as normas regedoras do instituto da licitação.

PONTO 01 - DA VEDAÇÃO DE OFERTAR TAXA ADMINISTRATIVA

Em análise do citado edital, a Administração indica de forma clara vedação de oferta e lances com taxas negativas.

6.1. O licitante deverá enviar sua proposta mediante o preenchimento, no sistema eletrônico, dos seguintes campos:

6.1.1. valor anual do item;

6.1.2. Descrição do objeto, contendo as informações similares à especificação do Termo de Referência;

6.1.3. **Não será admitida taxa de administração negativa. Nesse caso, serão admitidas taxas de administração zero e positiva de no máximo 1,83%.**

Em que pese a taxa de administração para esta contratação tem um teto de taxa **positiva** (1,83%), a menor taxa de administração se inclui taxa negativa.

Neste caso, está determinado que as empresas licitantes devem ofertar lances ENTRE 1,83% e 0,00%. Logo, não haverá disputa, pois todas as empresas iniciarão com o menor lance, de 0,00% (zero por cento).

A lei de licitações veda a fixação de valores de preços mínimos:

*Art. 40. O edital conterà 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:***

[...]

*X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e **vedados a fixação de preços mínimos**, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;*

Neste sentido, o TCU, no **Acórdão 818-09/08-2**, entendeu que fixar desconto máximo (taxa 0%) equivale a fixação de preço mínimo, o que é vedado pela norma acima, veja-se:

GRUPO II – CLASSE VI – 2ª Câmara. TC 012.787/2006-2 (com 1 volume). Natureza: Representação. Unidade Jurisdicionada: Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA. Interessado: Instituto Pobres Servos da Divina Providência (CNPJ 92.726.819/0012-01).

Sumário: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pelo Instituto Pobres Servos da Divina Providência, com base no art.

113, § 1º, da Lei 8.666/1993, apontando supostas irregularidades no pregão eletrônico 01/2006, realizado pelo Superintendência Regional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão – Incra/MA, objetivando a contratação de empresa para execução de serviços de manutenção preventiva e corretiva nos veículos da entidade, com fornecimento de peças e acessórios com garantia.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão de 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo relator, com fundamento nos arts. 237, inciso VII e parágrafo único, e 250, inciso II, do Regimento Interno/TCU, em:

9.1. conhecer da presente representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 235 do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. acatar em parte as razões de justificativa apresentadas por Raimundo Monteiro dos Santos, Leonísio Lopes da Silva Filho e Rodrigo Soares de Vasconcelos;

9.3. determinar ao Incra/MA que:

9.3.1. nas contratações destinadas à manutenção de veículos em que o menor preço for aferido pelo critério de maior desconto incidente sobre tabelas de preço predefinidas, abstenha-se de:

9.3.1.1. conceder reajustes pleiteados com base em eventual aumento de salário, salvo se decorrido prazo mínimo de um ano contado a partir da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que a proposta se referir, sendo que, nessa última hipótese, considera-se como data do orçamento a data do acordo, convenção, dissídio coletivo de trabalho ou equivalente que estipular o salário vigente à época da apresentação da proposta;

9.3.1.2. estipular percentuais de desconto máximo, haja vista caracterizar fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993;

9.3.2. calcule o valor a ser gasto com cada item licitado, ainda que por estimativa, abstendo-se de realizar alterações em preços unitários com o simples objetivo de viabilizar a emissão de nota de empenho;

9.3.3. desclassifique, nas licitações, as propostas com preços manifestamente inexequíveis, de acordo com o disposto no art. 48, inciso II, da Lei 8.666/1993;

9.3.4. apresente em seus editais de licitação, como critério para julgamento, disposições claras e parâmetros objetivos, que impeçam mais de uma interpretação, em respeito ao art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/1993;

9.3.5. dê ampla publicidade a qualquer modificação feita em editais de pregão que altere a formulação das propostas, consoante disposição do art. 20 do Decreto 5.450/2005;

9.3.6. elabore e disponibilize orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários dos serviços a serem licitados, com base nos preços de mercado, conforme determina o art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei 8.666/1993;

9.3.7. mantenha os processos administrativos licitatórios com a documentação em ordem e sem rasuras que comprometam sua fidedignidade;

9.3.8. obedeça à correta classificação orçamentária das despesas realizadas;

9.4. pensar o presente processo às contas do Incra/MA referentes ao exercício de 2006, para que as irregularidades não elididas nestes autos sejam avaliadas em conjunto com os demais atos de gestão dos responsáveis;

9.5. cientificar o Incra/MA e o Instituto Pobres Servos da Divina Providência acerca desta deliberação.

(TC 012.787/2006-2, Ata nº 9/2008 – 2ª Câmara, Data da Sessão: 1º/4/2008 – Extraordinária, RELATOR Aroldo Cedraz).

Da forma como previsto certamente ocorrerá empate, ocasionando duas situações:

- 1 – Participação de empresa ME/EPP, onde poderá exercer o direito de preferência, mas na prática não poderá registrar sua proposta, pois a legislação prevê que ela deve cobrir a proposta vencedora. Neste caso, como poderá ofertar proposta abaixo de 0,00% ?
- 2 – Sem participação de ME/EPP, onde haverá o sorteio, não se mostrando vantajoso para a seleção da proposta mais vantajoso, ou seja, afrontando o princípio esculpido no art. 3º da Lei n.º 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.

Importante ressaltar que a Administração somente deve utilizar o modo “sorteio” quando não restar outra opção, devendo promover meios que busquem garantir a competitividade do certame, desta forma, a falta de possibilidade de indicar lances negativos, além de prejudicar diretamente a competitividade, ainda, incorre em prejuízo financeiro a própria Administração, uma vez que o princípio da busca pela proposta mais vantajosa, explicitado através do Art. 3º, da Lei 8.666/1993, ficará prejudicado.

É mister alertar que existem serviços no mercado em que a remuneração do prestador é feita por meio de taxa de administração, cobrada sobre o valor do serviço intermediado (taxa de administração).

Este é o modo que atuam as administradoras de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível. Nesses casos, a empresa cobra uma taxa ou comissão sobre o valor total das operações intermediadas.

Os exemplos citados são considerados serviços comuns, logo são licitados na modalidade pregão, a qual permite a redução dos preços na fase de lances.

Ocorre que, em certas circunstâncias, as taxas de administração propostas podem ter valor nulo ou até mesmo negativo. Considerando que o art. 44, §3º, da lei n.º 8.666/93 não admite propostas com preço irrisório ou de valor zero, poderia o pregoeiro aceitar uma oferta de taxa de administração nula ou negativa?

SIM. No tocante a taxa de administração pode ser aceita taxa zero ou negativa, tendo em vista a forma como esse serviço é executado. Isso porque a renda dos particulares prestadores de tal serviço decorre de três principais fontes: da contratante, de aplicações financeiras e dos estabelecimentos credenciados. **Esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União - TCU, expresso na decisão 38/1996 - plenário.**

Deixe-se assente que, no que é pertinente às licitações destinadas ao fornecimento de gestão de frota para fornecimento de combustíveis e manutenção, a admissão de ofertas de taxas negativas ou de valor zero, por parte da Administração Pública, não implica em violação ao disposto no art. 44, § 3º, da Lei nº 8.666/93, por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital;

O voto do relator teve por motivo o seguinte raciocínio:

7. Isso porque, conforme foi apurado na inspeção em apreço, a remuneração das empresas desse ramo não se restringe à taxa de administração cobrada ou aos rendimentos eventualmente obtidos no mercado financeiro. Fica assente neste trabalho que a remuneração dessas empresas advém também das taxas de serviços cobradas dos estabelecimentos conveniados (as quais variam de 1 a 8%), das sobras de caixa que são aplicadas no mercado financeiro e das diferenças em número de dias existentes entre as operações que realiza como emissão de tíquetes, utilização desse pelo usuário, pagamento dos tíquetes pelo cliente, reembolso à rede de credenciados (varia de 7 a 16 dias).

E este entendimento já está pacificado na Corte de Contas Federal:

“VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, encaminhada pelo Tribunal de Contas do Estado do Maranhão e formulada pela empresa Trivale Administração Ltda., sobre possíveis irregularidades no pregão

presencial 53/2011 – CSL, conduzido pela Universidade Estadual do Maranhão – Uema para contratação de empresa para implantação e operacionalização de sistema de gerenciamento da frota de veículos, com utilização de tecnologia de cartão micro processado com chip, via web, para fornecimento de combustíveis, lubrificantes e produtos afins e, ainda, lavagem de veículos em rede própria ou credenciada, com valor estimado de R\$ 140.213,08 até 31/12/2011.

9.2. dar ciência à Universidade Estadual do Maranhão de que, no pregão presencial 53/2011 – CSL, verificou-se não aceitação de proposta de taxa de administração com percentual igual ou inferior a zero, assinalada na letra d.2 do subitem 5.1 do edital, não obstante este Tribunal tenha jurisprudência no sentido de que em processos licitatórios custeados com recursos federais para operacionalização de vale-refeição, vale-alimentação, vale-combustível e cartão combustível, deve ser avaliado, no caso concreto, se a admissão de ofertas de taxas de administração negativas ou de valor zero é exequível, a partir de critérios previamente fixados no edital, conforme decisão 38/1996-Plenário; (AC-1556-11/14-2 Número do Acórdão: 1556 Processo: 033.083/2013-4)

Outro meio da empresa obter remuneração são as aplicações no mercado financeiro do montante recebido do contratante para emissão dos vales. Tal atividade é chamada de operação de crédito antecipado. Nela, a administradora recebe do contratante o valor para emissão dos vales e o aplica no mercado financeiro. Isso é possível porque existe um intervalo entre a data em que a administradora é paga e a data em que o valor é repassado para os estabelecimentos credenciados. Nesse interstício, as aplicações do valor recebido geram renda para a empresa.

Por fim, ainda há a possibilidade de a administradora cobrar, pelo credenciamento, uma mensalidade para mantê-lo ou um desconto sobre cada vale recebido.

Aceitar vales é vantajoso para o empresário, porque o recebimento de tais atrai consumidores. Por isso, os estabelecimentos optam por pagar pelo credenciamento.

Portanto, ainda que a taxa de administração oferecida no certame seja nula ou negativa, a empresa tem como executar o contrato e o seu preço não pode ser considerado inexecutável.

Uma forma de se estabelecer um critério de exequibilidade da proposta é através de consulta às taxas praticadas no mercado e no âmbito da própria Administração em outros órgãos e entidades.

Tendo em vista o exposto, são admissíveis taxas de administração igual ou menor a zero nas licitações, especificamente para este tipo de objeto, desde que o valor seja exequível, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na decisão 38/1996 plenário.

E novamente trazemos a lume o julgado do Proc. TCM nº 08060/14 do TCM da Bahia que acompanha o TCU, vejamos:

“Também se revelou desarrazoada a inadmissibilidade, pelo Edital (item “do julgamento das propostas - cláusula 7.1.3.1 - d), da Taxa Administrativa Negativa. O fato de o §3º do art. 44 da Lei nº 8.666 proibir preços irrisórios ou incompatíveis com o mercado não pode, por si só, servir de amparo à vedação editalícia, posto que tal apuração há de ser feita em função do caso concreto, para verificação da obtenção, pelo particular, de recursos por outras vias.

(...)

Assim, propostas que consignem taxas de administração de valor zero ou negativas não deveriam, por pressuposto, ser tidas por inexequíveis, pois podem corresponder, na prática, a um desconto a ser concedido sobre o valor de face dos vales, “devendo ser averiguada a compatibilidade em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente definidos no edital” (cf. consta do Acórdão nº 38/1996 – Pleno do TCU).”

Além de ser um absurdo neste tipo de contratação vedar taxa negativa é um crime contra o erário público, tendo em vista que intencionalmente não se busca selecionar a proposta mais vantajosa e promover a competitividade no certame, uma vez que os lances dos licitante estarão, obrigatoriamente, entre 0% e ironicamente em 0%, tendo em vista que a estimativa é de 0% de taxa para esta contratação.

Outro ponto a se considerar é que a manutenção da vedação de taxa negativa **frustrará a competitividade do certame**, vez que obrigatoriamente todas as empresas ofertarão a taxa mínima e máxima aceita (zero por cento), logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa **vencedora ser conhecida no sorteio, conforme determina o § 2º do art. 45 da Lei n.º 8.666/93:**

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

[...]

§ 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Ou seja, se não pode efetuar lances inferiores a zero, as licitantes já entrarão com propostas com taxa 0% (zero por cento), não havendo competitividade, nem seleção da proposta mais vantajosa, recaindo sobre a hipótese o desempate por sorteio.

Convém sobrelevar ainda que inúmeros órgãos públicos possuem contratos em vigência cujo objeto é o gerenciamento por intermédio de cartões magnéticos, os quais em sua grande maioria preveem a possibilidade de oferta de taxa de administração negativa, o que privilegia a busca pela oferta menos onerosa.

Logo, a inadmissibilidade de se ofertar taxas negativas fere o caráter competitivo do certame e o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, esculpido no art. 3º da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

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.

§ 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;

Convém sobrelevar ainda que **inúmeros órgãos públicos** permitem de forma clara em seus editais, a indicação de taxas zero e negativa, tais como Polícia Militar do DF, TCU, STF, entre outros.

Portanto, a grande maioria dos órgãos públicos indicam de forma clara em seus editais, a possibilidade de concessão de taxas negativas (descontos), neste caso, o

intuito é fomentar a competitividade e conseqüentemente a busca pela proposta mais vantajosa, como preceitua o Art. 3º, da Lei 8.666/1993.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, se firmam no sentido da fundamental importância da seleção da melhor proposta à Administração, afinal, essa a pedra fundamental do processo licitatório.

O Art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993, assim dispõe sobre o princípio da busca pela proposta mais vantajosa:

*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.*

Nas lições do Insigne Jurista, José Afonso da Silva, “O princípio da licitação pública significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao **procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública**. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público”. [grifos nossos]

Portanto, não resta dúvidas quanto ao caráter legal e vinculativo da seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que existe previsão legal para tanto, e mais do que isso, trata-se de uma premissa básica da licitação que dever ser protegida, de forma diferente, estaria a Administração causando prejuízo a si mesma e conseqüentemente aos cofres públicos.

Desta forma, a proposta mais vantajosa certamente não será aquela escolhida via simples “sorteio”, para onde caminha o processo licitatório em questão.

Portanto, não aceitar taxa negativa fere o princípio do julgamento objetivo e o da seleção da proposta mais vantajosa, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.666/93, e vai na contramão da doutrina e jurisprudência sobre o tema, bem como fixar o desconto máximo (ou taxa mínima - 0%) é ilegal nos termos do art. 40, inc. da Lei n.º 8.666/93.

PONTO 02 - DA COBRANÇA ABUSIVA DE MULTAS

Foi constatado no citado edital (Anexo I – Termo de Referência do edital) outra ilegalidade que, sem sombra de dúvidas, poderá desequilibrar o fator econômico-financeiro do contrato, tendo em vista o seu caráter extremamente abusivo e desproporcional, veja-se:

20.2. Pela inexecução total ou parcial do objeto deste contrato, a Administração pode aplicar à CONTRATADA as seguintes sanções:

*20.2.1. **Advertência por escrito**, quando do não cumprimento de quaisquer das obrigações contratuais consideradas faltas leves, assim entendidas aquelas que não acarretam prejuízos significativos para o serviço contratado;*

*20.2.2. **Multa de:***

20.2.2.1. 0,1% (um décimo por cento) até 0,2% (dois décimos por cento) por dia sobre o valor adjudicado em caso de atraso na execução dos serviços, limitada a incidência a 15 (quinze) dias. Após o décimo quinto dia e a critério da Administração, no caso de execução com atraso, poderá ocorrer a não-aceitação do objeto, de forma a configurar, nessa hipótese, inexecução total da obrigação assumida, sem prejuízo da rescisão unilateral da avença;

20.2.2.2. 0,1% (um décimo por cento) até 10% (dez por cento) sobre o valor adjudicado, em caso de atraso na execução do objeto, por período superior ao previsto no subitem acima, ou de inexecução parcial da obrigação assumida;

20.2.2.3. 0,1% (um décimo por cento) até 15% (quinze por cento) sobre o valor adjudicado, em caso de inexecução total da obrigação assumida;

20.2.2.4. 0,2% a 3,2% por dia sobre o valor mensal do contrato, conforme detalhamento constante das tabelas 1 e 2, abaixo; e

20.2.2.5. 0,07% (sete centésimos por cento) do valor do contrato por dia de atraso na apresentação da garantia (seja para reforço ou por ocasião de prorrogação), observado o máximo de 2% (dois por cento). O atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias autorizará a Administração CONTRATANTE a promover a rescisão do contrato;

Veja, a cobrança de multas é medida justa utilizada pela Administração, **desde que feito dentro dos parâmetros legais e respeitando para tanto a Proporcionalidade e Razoabilidade.**

Inicialmente, é relevante esclarecer que o critério de julgamento e de pagamento do contrato se dará por percentual (taxa de acréscimo/desconto), sendo que, como se observa nos itens acima elencados do edital, a Administração utiliza como parâmetro para aplicação de multa, **limites acima do razoável e tolerado para este tipo de contratação, configurando assim um abuso.**

A cobranças de multas em Contratos de Prestação de Serviços, principalmente de gerenciamento de vales, devem ter como **teto o valor total da taxa cobrada da Administração**, sendo taxa positiva ou negativa.

Por exemplo, se a taxa de administração cobrada no contrato é de +1,50% (um vírgula cinquenta por cento positivo) sobre o valor global do contrato, e o valor global é de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o parâmetro para cobranças de multas será o de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), ou seja 1,50% sobre o valor global do Contrato.

No caso de ser concedida taxa negativa, ou desconto à Administração, o parâmetro será o mesmo, porém utilizando os valores referentes a taxa negativa, por exemplo, desconto de -1.50 (menos um e meio por cento), valor global do Contrato de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), valor do desconto: R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), portanto, valor total do contrato será de R\$ 985.000,00 (novecentos e oitenta e cinco mil reais), assim, novamente, o valor das multas deverão ter como teto a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU, através do Acórdão 030.428/2012-2, em 17/10/2012, Relatora Ana Arraes, de forma exemplar, decidiu sobre o abuso de multas cobradas pela Administração Pública, sem a utilização de critérios específicos, ou utilização de teto abusivo, que não está em consonância com o objeto em Contratos de Prestação de Serviços, bem como o princípio da proporcionalidade, vejamos:

Irregularidade:

9. Desproporcionalidade da multa prevista nos subitens 8.2 e 8.3 do Edital, por ser aplicada ao montante total do contrato, sem respeitar a graduação do valor mensal da prestação de serviços nas respectivas unidades em que possa vir a ocorrer a inadimplência ou inexecução contratual, podendo a penalidade atingir o montante equivalente a 10% do valor total adjudicado.

Análise:

15. Em que pese as justificativas do Ministério Público Federal no Estado de São Paulo demonstrarem especificidades do serviço contratado e acrescentarem aspectos práticos do controle de execução contratual baseado em sua experiência em casos similares, suas alegações não são suficientes para afastar aspectos fundamentais presentes no Despacho da Ministra-Relatora, como o desrespeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o comprometimento do caráter competitivo da licitação e o risco para a estabilidade do contrato e, por consequência,

do interesse público envolvido. Ademais, conforme defendido pela Procuradoria, se toda sanção administrativa aplicada é proporcional à falta praticada pela Contratada, tais critérios de proporcionalidade deveriam estar expressamente previstos no edital de licitação e no anexo da minuta de contrato a ser firmado, o que não ocorreu no caso sob análise.

16. O presente entendimento coaduna-se ao teor da determinação contida no Acórdão 1382/2009 – TCU – Plenário, em seu item 9.1.13.

9.1.13 em atenção ao disposto na Lei nº 8.666/93, art. 55, incisos VII, VIII e IX, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, estabeleça, nos contratos relativos à prestação de serviços de tecnologia da informação, cláusulas de penalidades específicas aos serviços executados em desconformidade, prevendo-se punições proporcionais ao descumprimento;

18. Verifica-se que a aplicação de penalidades, no caso concreto desta Secretaria, encontrava-se previamente definida no edital de licitação e anexos (peça 12, p. 34-36), que posteriormente gerou a assinatura do citado contrato, sendo valorada, no que se refere à sanção de multa, de acordo com a gravidade da infração cometida pela contratada, providência que poderia ter sido adotada pela Procuradoria da República, e que garantiria o atendimento dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, como bem observado no despacho da Ministra Ana Arraes (peça 7), “considerado o montante de R\$ 9.069.620,28 estimado para a contratação, a multa estipulada configuraria penalidade insuportável para o prestador dos serviços e comprometeria o caráter competitivo da licitação. Tal valoração da penalidade, adicionalmente, colocaria em risco a estabilidade do contrato e, por consequência, o interesse público envolvido na prestação desses serviços.”

19. Assim sendo, não se pode acolher as justificativas apresentadas, restando, portanto, propor a anulação do Pregão 21/2012, promovido pelo Ministério Público Federal, através da Procuradoria da República no Estado de São Paulo, cujo objeto é a contratação de empresa especializada em serviços de Vigilância Armada, Desarmada e de Segurança Patrimonial para as dependências da Procuradoria da República no Estado de São Paulo - Capital e Unidades localizadas nos Municípios do interior.

O valor das penalidades, frisa-se ser uma medida justa aos Contratados inadimplentes, deve ser proporcional ao valor da taxa de administração e ainda de forma razoável.

Ora, se o lucro da Contratada, no presente caso específico, for de - 5% (cinco por cento negativo / desconto) sobre a expectativa de gasto, como pode sofrer penalidade de 05%, 10%, 20% ou até 30% sobre o valor da Contrato se o percentual da taxa de desconto não chegará a 5% do valor estimado para a Contratação?

Ainda, poderá a Contratante, incorrer em enriquecimento sem causa, uma vez que obteve vantagem superior ao realmente devido pela Contratada. A legislação

prevê, no art. 884 do Código Civil, a restituição de valores recebidos de forma imprópria, tendo em vista o enriquecimento sem causa:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Portanto, as citadas cláusulas do Edital são abusivas, devendo ser retificadas para que as eventuais penalidades tenham como parâmetro o percentual de desconto (taxa de administração), mas nunca o valor do Contrato.

PONTO 03 - DA INAPLICABILIDADE DO “MOS”

Foi constatado no Edital outra ilegalidade que, sem sombra de dúvidas, poderá desequilibrar o fator econômico-financeiro do contrato, tendo em vista o seu **caráter extremamente abusivo**, veja-se:

8. Dirimidas as dúvidas, o fiscal do contrato formaliza o fator de qualidade ajustando o valor da medição ao IMR obtido. Com isso se obtém o valor da fatura e se configura o recebimento definitivo que autoriza a CONTRATADA a emitir a Nota Fiscal de seus serviços.

Inicialmente, destaca-se que os motivos que levarão a CONTRATANTE “glosar” os pagamentos da Contratada são objetos de penalidades, ou seja, são fatos ensejadores de inexecução parcial do contrato.

Sendo assim, a Contratante terá em seu domínio o poder/dever de, tanto “redimensionar” o pagamento por suposta má prestação dos serviços, quanto aplicar penalidade pela inexecução.

Este fator, ainda que em sede de ‘possibilidade’, revela ilegalidade, pois permite que a Contratante aplique 02 penas à Contratada sobre o mesmo fato, caracterizando o chamado *bis in idem*¹, conforme previsto no anexo I do edital:

9. A aplicação dos descontos referidos neste IMR não excluirá eventual aplicação das sanções previstas no contrato.

¹ Repetição sobre a mesma coisa ou fato.

Não obstante, pelos serviços prestados devem ocorrer o correspondente pagamento, ao passo que se os serviços prestados não estão a contento, ou seja, estiverem em desacordo com o edital, deve-se proceder com o devido processo para aplicação de multa por inexecução parcial do contrato, e não glosar diretamente dos pagamentos devidos a Contratada, sem o que se oportunize o contraditório e a ampla defesa.

Ainda, poderá a Administração incorrer em enriquecimento sem causa, uma vez que obteve vantagem superior ao realmente devido pela Contratada. A legislação prevê, no art. 884 do Código Civil, a restituição de valores recebidos de forma imprópria, tendo em vista o enriquecimento sem causa:

*Art. 884. Aquele que, **sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.***

Portanto, as citadas cláusulas do Edital são abusivas, devendo a Administração retificá-las **para que seja não sejam glosados quaisquer descontos dos pagamentos justos e devidos à Contratada, salvo aqueles provenientes da correta aplicação de penalidade por eventual descumprimento do contrato, respeitado, como dito alhures, o direito de defesa e do contraditório.**

IV - DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer se digne o i. pregoeiro a **JULGAR PROCEDENTE A PRESENTE IMPUGNAÇÃO** a proceder as seguintes alterações:

- i. Incluir no edital a possibilidade de se ofertar taxa negativa, conforme a vasta jurisprudência d TCU e demais Tribunais de Contas Estaduais;
- ii. Excluir a previsão de multa excessiva quanto ao percentual, alterando para percentuais razoáveis de no máximo 10% a **incidir sobre o valor correspondente a taxa de administração** (negativa) cobrada da Contratante;

- iii. Excluir do edital qualquer previsão de “glosa”, por caracterizar abuso de poder, visto que a inexecução do contrato enseja processo de aplicação de penalidade, que observará o direito ao contraditório e a ampla defesa, nos termos da Constituição Federal, e não a glosa arbitrária de valor devido pela prestação de serviços.
- iv. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, conforme determina a lei.

Na improvável hipótese de indeferimento da impugnação apresentada, requer-se desde já cópias dos autos do processo licitatório, para salvaguarda dos direitos da Impugnante, sem prejuízo das ações judiciais cabíveis (Mandado de Segurança), bem como para comunicação aos órgãos de fiscalização externos (Ministério Público e Tribunal de Contas).

Termos em que,

Pede Deferimento.

Santana de Parnaíba/SP, 19 de janeiro de 2021.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.
Tiago dos Reis Magoga – OAB/SP 283.834