

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL REGIONAL DO  
TRABALHO DA 12ª REGIÃO - TRT.

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

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 1664/2020.

**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, e-mail: [licitacao@primebeneficios.com.br](mailto:licitacao@primebeneficios.com.br) e  
[tiago.magoga@primebeneficios.com.br](mailto:tiago.magoga@primebeneficios.com.br), por intermédio de seu procurador subscrito *in*  
*fine*, vem, respeitosamente, nos termos do **24 do Decreto n.º 10.024/2019**, IMPUGNAR O  
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)*

Tal regra é utilizada para as contagens de prazo reverso, também conhecida como contagem regressiva, como é o caso da impugnação dos editais, cujo prazo é de 2 (dois) dias úteis antes do certame, (§ 2º do artigo 41 da Lei 8.666/1993, para as licitantes, nas modalidades tradicionais, e artigo 12 do Decreto 3.555/2000, para qualquer pessoa, no pregão).

Esse tema foi bem apresentado no Acórdão n° 2.625/2008 - TCU - Plenário, cujo relator foi o Ministro Raimundo Carreiro, que assim assevera:

*"1.1.4. Todavia, cabem três ressalvas em relação à resposta da Caixa.  
1.1.4.1. A primeira acerca da contagem legal dos prazos. No caso, o dia de início da contagem regressiva, a ser desconsiderado nos termos do art. 110 da Lei n° 8.666/93, foi o dia 11/7/2008. O primeiro dia útil foi o dia 10/7/2008. E o segundo dia útil, prazo limite para impugnação do edital, foi o dia 9/7/2008. Assim, equivocou-se a Caixa quando alega que "considerou de bom tom estender este prazo até as 08hs do dia 09/07", uma vez que a lei estabelece a contagem dos prazos em dias, e não em horas."*

Naquele caso da Caixa, reportado no Acórdão citado, a licitação aconteceu no dia 11/07/2008 e a impugnação poderia ser apresentada, a qualquer hora

do expediente, no dia 09/07/2008, que é o segundo dia antes da licitação, como determina a contagem de prazo do artigo 110 da Lei 8.666/1993.

Não há distinção na regra de contagem de prazos para frente com relação à contagem regressiva na lei de licitações, nem no Código Civil, cuja regra é idêntica à adotada nos certames licitatórios.

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. Se não houver indicação de que os dias são úteis, a contagem deve ser feita em dias corridos, no entanto, jamais começará ou terminará um prazo em dia que não houver expediente na Administração.

Desta feita, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 03 (três) dias úteis anteriores a data da abertura da licitação, conforme quadro ilustrativo abaixo:

<b>Final de Semana</b>	<b>Segunda</b>	<b>Terça</b>	<b>Quarta</b>	<b>Quinta</b>
<b>28 e 29/03/20</b>	30/03/20	31/03/20	01/04/20	<del>02/04/2020</del>
	<b>3º dia útil</b> Término da contagem. <u>Inclui-se este dia.</u>	<b>2º dia útil</b>	<b>1º dia útil</b>	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 24 (vinte e quatro) horas, 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 analisar e julgar em, no máximo, 24 horas após o recebimento da impugnação, sob pena de invalidação do certame, pois, diante do silêncio restará inviável a formulação adequada e satisfatória das propostas. Isso por que o silêncio injustificado da Administração Pública caracteriza omissão abusiva, pois, além de restringir a competitividade do certame, ainda ofende o interesse público, pois afronta o Princípio Constitucional da Publicidade, cuja finalidade é atribuir transparência e permitir o controle e fiscalização do Estado por toda à coletividade.

### III - DOS FATOS E DAS RAZÕES

Está prevista para o dia 02/04/2020 as 13:30 horas, a abertura do Pregão Eletrônico n.º 1664/20220, para o seguinte objeto:

*“Contratação de empresa especializada responsável pela implantação e operacionalização de sistema informatizado (autogestão), visando ao fornecimento, por empresas credenciadas, de prestação de serviços de manutenção pesada (preventiva e corretiva), para atender os veículos oficiais que fazem parte da frota deste Tribunal e os que venham a fazer parte dela.”*

Em detida análise ao edital contatou-se **irregularidades insanáveis**, as quais maculam de forma cabal os Princípios norteadores da licitação, fazendo com que recaia sobre o processo uma nulidade absoluta, pois restringem a participação de potenciais licitantes, frustrando os princípios da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa.

### PONTO 01 - DA QUALIFICACAO ECONOMICA E FINANCEIRA AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL E ÍNDICES CONTÁBEIS

De acordo com os temas do edital as empresas não credenciadas além do nível de credenciamento exigido na Instrução Normativa SEGES/MP nº 3 (cláusula 9.3 do Edital), deverão apresentar os documentos exigidos nas cláusulas 9.3.1- **Habilitação jurídica**; 9.3.2- **Regularidade fiscal e trabalhista**; e, 9.3.3- **Qualificação Técnica**.

Entretanto, cumpre registrar que estes documentos estão em níveis anteriores à da **Qualificação econômico-financeira**, ausente de exigência no edital.

O estatuto de licitações prevê expressamente que, com a **finalidade de se comprovar a boa situação financeira da empresa (QUALIFICAÇÃO ECONOMICA E FINANCEIRA)**, deve ser exigido das licitantes o balanço patrimonial, índices econômicos e a certidão negativa de falência pois são documentos idôneos para demonstrar de fato a saúde financeira de qualquer sociedade empresária.

Esta comprovação é obrigatória e está prescrita no artigo 27 da Lei 8.666/93, *ex vi*:

*Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*

*I - habilitação jurídica;*

*II - qualificação técnica;*

**III - qualificação econômico-financeira;**

*IV - regularidade fiscal e trabalhista;*

*V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.*

Desta forma, o Legislador determinou que a Administração na fase de habilitação **deverá** exigir das licitantes a apresentação de todos os documentos elencados em seus incisos, dentre os quais se destaca a necessidade da comprovação da qualificação econômico-financeira (inciso II), que foi omitida pelo presente edital.

A Lei de Licitações determina a obrigatoriedade da qualificação econômico-financeira no artigo 27, sendo que no artigo 31 estabelece a forma de sua comprovação, vejamos:

*Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:*

*I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;*

*II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;*

*III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.*

Da soma dos dois artigos da Lei de Licitações, conclui-se que a Administração **tem o dever** e não a faculdade de exigir das licitantes a comprovação da qualificação econômico-financeira através de:

1. *Balço Patrimonial; e,*
2. *Certidão negativa de falência.*

A Administração pública que não exige todas as comprovações de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista) deixa de cumprir os termos da legislação, e, conseqüentemente, viola o princípio constitucional da legalidade consignado no “caput” artigo 37 da carta magna, ora transcrito:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

Ora, a exigência de se comprovar a qualificação econômico-financeira encontra azo na legislação e **não pode deixar de ser observada pela a Administração** e tem como objetivo fazer com que não seja contratada uma empresa aventureira que não detém condições mínimas para executar a contratação.

Ocorre que o Edital atacado não exige que as licitantes comprovem sua qualificação econômico-financeira por meio de balanço patrimonial e certidão negativa de falência, situação essa que viola expressamente o texto legal.

Ressalta-se que a administração pública se encontra vinculada não só ao edital, mas também aos princípios norteadores da Licitação, entre eles o princípio da legalidade, disposto tanto no Art. 37 da Constituição Federal como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira.

Assim, a expedição de Edital de licitação do qual carecem requisitos mínimos previstos na Lei Federal nº 8.666/93 é um ato administrativo manifestamente ilegal, devendo ser anulado e revisto.

Neste sentido, o TCU proferiu o seguinte acórdão:

**“Enunciado**

***A exigência de documentos que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeira das licitantes, desde que compatíveis com o objeto a ser licitado, não é apenas uma faculdade, mas um dever da Administração, devendo ser essa exigência a mínima capaz de assegurar que a empresa contratada estará apta a fornecer os bens ou serviços pactuados.***

**Acórdão**

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, encaminhada ao TCU pela empresa Link Card Administração de Benefícios Ltda. contra o edital do Pregão Eletrônico 7/2018, promovido pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) para o “fornecimento de cartões combustível pós-pagos” para a frota de veículos daquela unidade.*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 276, § 1º, do Regimento Interno, em:*

*[...]*

***9.3. dar ciência ao Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TRE/ES) de que a não exigência de comprovação de qualificação técnica e econômico-financeira identificada no edital do Pregão Eletrônico 7/2018 (Processo 26.659/2017) afronta o disposto no art. 27, c/c os arts. 30, 31 e 32 da Lei 8.666/1993;***

***9.4. arquivar o processo. TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de abril de 2018 – Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO”***

Sendo assim, faz necessário alterar os termos do Edital de modo a constar a exigência de qualificação econômico-financeira nos moldes estabelecidos pelos artigos 27 e 31 da Lei 8.666/93.

## **PONTO 02 - DA AUSÊNCIA DE FERRAMENTAS QUE DISPONIBILIZAM TABELAS DE PREÇOS DE AUTOPEÇAS**

Ao analisar os termos do edital nos deparamos com uma omissão no edital que pode frustrar a execução do contrato e trazer prejuízos ao erário público.

Para uma maior eficácia da gestão da manutenção de frotas, o acompanhamento dos preços praticados no mercado de autopeças é fundamental, e para isto há no mercado empresas especializadas em acompanhar, monitorar, parametrizar e disponibilizar informações deste seguimento.

Estas informações orbitam junto a Tabela de Preço de Peças das Concessionárias Autorizadas, e monitoram valores tanto das peças quanto da mão-de-obra envolvida em todo o setor.

Atualmente existe um grande número de empresas que apresentam o produto Tabela de Preços de Autopeças, onde podemos citar: MOLICAR, CILIA, ORION, AUDATEX, entre outros.

**Portanto, para maior eficácia na contratação, é fundamental a Contratante possuir uma ferramenta que parametrize os valores das peças, principalmente, para certificar-se de que os preços adquiridos estão de acordo**

Entretanto, a Administração deve atentar-se para não exigir nenhuma das marcas existentes no mercado, tendo em vista a vedação expressa no § 5º do art. 7º da Lei n.º 8.666/93, *in verbis*:

*Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:*

*(...)*

*§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.*

Sendo assim, impugna-se os termos do instrumento convocatório para que se inclua exigência de possuir tabela de parâmetro dos preços, porém sem indicar marca ou permitir à similaridade de marca.

### **PONTO 03 – DA AUSÊNCIA DO VALOR ESTIMADO**

Consta no edital a seguinte cláusula:

**7.17.4- Tratando-se de licitação cuja oferta é o percentual de taxa de administração sobre o valor estimado, fica estabelecida tabela de conversão na qual a menor proposta em real (R\$) corresponderá ao menor percentual, já**

*que o sistema eletrônico é projetado para eleger como vencedora a menor proposta em reais (R\$);*

Entretanto, não consta no edital o referido valor estimado de gastos para o objeto licitado.

Sabe-se que para a obtenção de vantajosidade na aquisição de bens e serviços o fator “demanda” está intimamente ligado ao preço, o que se chama de “lei da demanda”, onde o preço e a quantidade demandada num determinado mercado estão inversamente relacionados.

Em outras palavras, quanto maior a quantidade ofertada, menor será o preço ofertado.

Acontece que não consta no edital a previsão de gastos, tanto em quantidades quanto em valores, lembrando que se trata de estimativa, conforme detalhamento do objeto constante no Anexo I:

<b>PREGÃO N.º 1664/2020</b>		
<b>ANEXO I</b>		
<b>DETALHAMENTO DO OBJETO</b>		
	<b>Item</b>	<b>ESPECIFICAÇÃO</b>
<b>Lote Único</b>	<b>1</b>	Fornecimento de peças, equipamentos e acessórios para os veículos do TRT12.
	<b>2</b>	Fornecimento de serviços para manutenção preventiva e corretiva dos veículos do TRT12, calculada pelo valor da mão de obra/hora.
	<b>3</b>	Gerenciamento (autogestão) e Administração da frota envolvendo a implantação e a operação de um sistema informatizado, via web, compreendendo orçamento dos materiais e serviços especializados de manutenção por intermédio de rede de estabelecimentos credenciados pela CONTRATADA para atender os veículos oficiais da frota do TRT12.

Convém destacar que o valor estimado da contratação (peças + mão de obra + ou – taxa de gerenciamento) não é sigiloso, via de regra, salvo a exceção prevista na legislação, o que não é o caso.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União recentemente anulou o Pregão Eletrônico PG-70.2017.4180 da Companhia Hidroelétrica do São Francisco, por ter aquela sociedade mantido sigiloso seu orçamento, não divulgando o preço de referência em um Edital cuja dinâmica de preços exigia tal informação, nos moldes da presente licitação:

*ACÓRDÃO: 1502/2018 – PLENÁRIO - RELATOR: AROLDO CEDRAZ - PROCESSO: 005.633/2018-4 - DATA: 04/07/2018*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:*

*(...)*

*9.4. dar ciência à Companhia Hidro Elétrica do São Francisco sobre a seguinte irregularidade identificada no Pregão Eletrônico PG-70.2017.4180:*

*9.4.1. não divulgação do preço de referência em edital de licitação na modalidade pregão, quando utilizado como critério de aceitabilidade de preços, em desacordo com a jurisprudência desta Corte de Contas (vide Acórdãos 392/2011-TCU-Plenário, 2.166/2014-TCU-Plenário, 10.051/2015-TCU-2ª Câmara e 745/2018-TCU-Plenário) ;*

*9.5. encaminhar cópia desta deliberação à Companhia Hidro Elétrica do São Francisco e a MRA Comércio de Materiais de Construção e Construções Eireli – EPP;*

*9.6. encerrar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno.*

**A posição da Corte de Contas Federal foi no sentido de que o orçamento sigiloso previsto no Art. 34 da Lei Federal nº 13.303/2016 não é absoluto, devendo sua publicação e inclusão no Edital ser ponderada pela Administração de acordo com o critério de aceitabilidade da proposta, sob pena de violação ao Princípio do Julgamento Objetivo.**

Ainda que o acórdão se refira a Lei n.º 13.303/2016, é mister alhear que o Decreto Federal n.º 10.024/2019, a qual está Administração está subordinada, estabelece a obrigatoriedade de informar o valor estimado para a contratação.

### **Definições**

***“Art. 3º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:***

***[...]***

***XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter:***

***a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações:***

1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame;
2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado;

**Valor estimado ou valor máximo aceitável**

“Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, possuirá caráter sigiloso e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 1º O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

§ 2º Para fins do disposto no caput, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas.

§ 3º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, o valor estimado, o valor máximo aceitável ou o valor de referência para aplicação do desconto constará obrigatoriamente do instrumento convocatório.”

Não pairam dúvidas da obrigatoriedade de se informar o calor estimado da contratação, pois, além de ilegal está impedindo que as licitantes possam calcular a taxa de administração ou desconto a ser oferecido.

Neste sentido, as propostas serão apresentadas desproporcionalmente, podendo frustrar o objetivo cerne da licitação pública, o da seleção da proposta mais vantajosa.

Sendo o valor estimado utilizado como referência ao critério de aceitabilidade da proposta melhor classificada, o TCU pacificou entendimento de que o valor estimado de ser divulgado no edital obrigatoriamente, conforme Acórdão 1502/2018-Plenário:

**SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO, INSTALAÇÃO E DESINSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE SISTEMA DE CLIMATIZAÇÃO E DE MANUTENÇÃO CORRETIVA DE BEBEDOUROS, GELADEIRAS E FRÍZERES. NÃO DIVULGAÇÃO DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO E DA PLANILHA COM VALORES ORÇADOS, UTILIZADOS COMO CRITÉRIO DE ACEITABILIDADE DAS PROPOSTAS. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR SUSPENSIVA DO CERTAME. OITIVA. DILIGÊNCIA. ARGUMENTOS APTOS A**

**AFASTAR APENAS EM PARTE AS SUPOSTAS IRREGULARIDADES APONTADAS. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA REPRESENTAÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DO CERTAME. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO.**

*Acórdão:*

*VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação formulada por MRA Comércio de Materiais de Construção e Construções Eireli - EPP, contra o Pregão Eletrônico PG-70.2017.4180, promovido pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – Chesf, que objetiva a contratação de serviços de manutenção, instalação e desinstalação dos equipamentos que compõem sistemas de climatização das instalações, bem como a manutenção corretiva dos bebedouros, geladeiras, frigobares e frízeres vinculados à Regional de Teresina;*

*ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em:*

*9.1. conhecer da Representação, vez que satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;*

*9.2. revogar a medida cautelar anteriormente concedida nestes autos e referendada pelo Acórdão 617/2018-TCU-Plenário;*

*9.3. fixar, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, e no art. 45 da Lei 8.443/1992 c/c o art. 251 do RI/TCU, o prazo de 15 (quinze) dias para que a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco adote as providências necessárias com vistas à anulação do Pregão Eletrônico PG-70.2017.4180, encaminhando posteriormente documentação comprobatória ao Tribunal de Contas da União;*

**9.4. dar ciência à Companhia Hidro Elétrica do São Francisco sobre a seguinte irregularidade identificada no Pregão Eletrônico PG-70.2017.4180:**

**9.4.1. não divulgação do preço de referência em edital de licitação na modalidade pregão, quando utilizado como critério de aceitabilidade de preços, em desacordo com a jurisprudência desta Corte de Contas (vide Acórdãos 392/2011-TCU-Plenário, 2.166/2014-TCU-Plenário, 10.051/2015-TCU-2ª Câmara e 745/2018-TCU-Plenário);**

*9.5. encaminhar cópia desta deliberação à Companhia Hidro Elétrica do São Francisco e a MRA Comércio de Materiais de Construção e Construções Eireli – EPP;*

*9.6. encerrar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno.*

Sendo assim, por ser uma obrigatoriedade prevista no Decreto Federal n.º 10.024/2019 (art. 3º e 15), bem como por não dar parâmetro para o cálculo da taxa de administração, deve ser retificado o edital para constar no instrumento convocatório o valor estimado para a contratação.

**PONTO 04 - DA INAPLICABILIDADE DO PERCENTUAL DOS NÍVEIS MÍNIMO DE SERVIÇOS (NMS)**

Foi constatado no citado 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, CLÁUSULA DEZESSEIS - DA MINUTO DO CONTRATO, veja-se:

**CLÁUSULA DEZESSEIS – DO ACORDO DE NÍVEIS DE SERVIÇOS**

Visando estabelecer a vinculação dos pagamentos à entrega de níveis de qualidade esperados, os serviços serão avaliados mensalmente pela fiscalização do Contratante, que assinalará as falhas, conforme modelos de tabelas a seguir:

<b>Nº 1: Disponibilidade e Funcionamento do Sistema no Momento de Sua Utilização</b>	
Descrição:	Acompanhamento da execução do serviço – disponibilidade/falha do sistema (sem culpa do usuário)
Finalidade:	Garantir atendimento adequado às demandas da Contratante
Meta a cumprir:	Disponibilidade e funcionamento do sistema no momento da sua utilização
Instrumento de medição:	Registro das reclamações/queixas dos usuários do sistema
Forma de acompanhamento:	Através do registro de informações dos usuários do sistema sobre falhas/indisponibilidades
Periodicidade:	Mensal
Mecanismo de cálculo:	Atribuição de pontos pelo número de relatos sobre
	indisponibilidade/falha na utilização do sistema (sem culpa do usuário): a) de 1 a 3 falhas/indisponibilidades relatadas: 1 ponto; b) de 4 a 6 falhas/indisponibilidades relatadas: 2 pontos; c) 7 a 10 falhas/indisponibilidades relatadas: 3 pontos.
Início de vigência:	Data do início dos serviços
Faixas de ajuste no pagamento:	a) desconto na fatura de 1% se a pontuação for igual a 1; b) desconto na fatura de 2% se a pontuação for igual a 2; c) desconto na fatura de 3% se a pontuação for igual a 3.
Sanções:	Se o número de falhas/indisponibilidades for superior a 10, possibilidade de aplicação de sanções administrativas em razão do grau de impacto.

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 notório que a taxa máxima será negativa, sendo que, como se observa nos itens acima elencados do edital, a Administração utiliza como parâmetro para auferir a qualidade dos serviços e, indiretamente, 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 abastecimento, 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 concedido 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, em decisão 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 proporcional.

Ora, se o lucro da Contratada, no presente caso específico, for de - 1% (taxa de administração) sobre a expectativa de gasto, como pode sofrer penalidade de 1%, 2 ou 3%?

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.***

Não obstante, pelos serviços prestados devem ocorrer o correspondente pagamento, ao passo que se os serviços prestados não estão a contento, ou seja, 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 contraditória e a ampla defesa.

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, observando-se, ainda, a proporcionalidade entre o descumprimento e a taxa ofertada no contrato, mas nunca o valor do Contrato.**

---

## PONTO 05 - DA CLÁUSULA DE ATUALIZAÇÃO DE PAGAMENTO

---

Ainda, em juízo de análise dos editais, verificou-se a ausência de cláusulas obrigatórias no edital.

Esta ausência se refere a **atualização monetária no caso de pagamento posterior à do adimplemento contratual**, conforme arts. 40 e 55 da Lei n.º 8.666/93 e **NÃO SOBRE REAJUSTE ANUAL E PERIÓDICO** (12 MESES), conforme prevê a lei n.º 8.666/93 nos artigos 40 e 55:

*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:*

[...]

**XIV - condições de pagamento, prevendo:**

**a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;**

**b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;**

**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;**

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

[...]

**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;**

Muito embora a lei permita o pagamento até 30 dias após a prestação do serviço (apresentação da NF), também trouxe obrigação para a Contratante de atualizar o valor devido entre a data do adimplemento (prestação do serviço) até a data do efetivo pagamento.

Esta condição deve estar explícita no Edital, por força dos dispositivos acima conterem a expressão “o edital... indicará, obrigatoriamente...” e “São cláusulas necessárias em todo contrato...”.

Assim, o edital deve conter, obrigatoriamente, o critério de atualização do valor devido até a data do efetivo pagamento, **O QUE NÃO SE CONFUNDE COM REAJUSTE ANUAL OU REEQUILÍBRIO ECONOMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO, matérias afetas ao art. 65, inc. II, alínea “d” da lei n.º 8.666/93.**

## 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. Adequar as exigências de Habilitação – Qualificação econômico-financeiro, incluindo os documentos obrigatórios e taxativos do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 (Balanco Patrimonial, índices contábeis e Certidão negativa de falência);
- ii. Incluir no edital parâmetro para os valores das peças através de tabelas disponíveis no mercado (MOLICAR, CILIA, ORION, AUDATEX, entre outros, porém sem exigir um ou outro – sem similaridade de marca);
- iii. Incluir no edital o valor estimado para a contratação (peças, serviços e taxa de administração – positiva/negativa);
- iv. Excluir a previsão abusiva de desconto da NMS (CLÁUSULA DEZESSEIS DA MINUTA DO CONTRATO), visto que é ilegal tais descontos, pois no contrato já prevê a possibilidade de aplicação de penalidade, que devem ser razoáveis e incidir sobre o valor correspondente a taxa de administração (positiva ou negativa) cobrada da Contratante;
- v. Incluir no edital cláusula que estabeleça critérios de atualização no valor a ser pago desde a data do adimplemento contratual até a do efetivo pagamento, nos termos dos artigos 40 e 55 da Lei n.º 8.666/93;
- vi. Republicar os termos do edital, reabrindo-se os prazos legais, conforme § 3º do art. 24 do Decreto n.º 10.024/2019.

Destarte, requer a imediata suspensão do Pregão Eletrônico n.º 1664/2020, e como direta obediência ao princípio da legalidade a retificação do edital convocatório com as adequações.

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, 27 de março de 2020.

---

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