

ILMO. SR. PREGOEIRO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA TRENTO/SC.

IMPUGNAÇÃO - com fundamento principal no artigo 41, parágrafos 1º e 2º da Lei 8.666/1993.

PROCESSO Nº 045/2020

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 027/2020

DATA: 23/06/2020 - 08:30 HORAS

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE CARTÕES DE VALE REFEIÇÃO/ALIMENTAÇÃO ELETRÔNICO/MAGNÉTICO OU COM CHIP, COM SENHA PESSOAL, PARA RECARGAS MENSIS, SOLICITADOS CONFORME DEMANDA, DESTINADO AOS SERVIDORES DA PREFEITURA DE NOVA TRENTO, conforme características, especificações e quantidades constantes neste edital.

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: renato.lopes@primebeneficios.com.br e licitacao@primebeneficios.com.br, por intermédio de seu procurador subscrito in fine, vem data máxima vênua, nos termos do §2º do Artigo 41 da Lei 8.666/93, apresentar as seguintes razões de **IMPUGNAÇÃO DE EDITAL**, consoante motivos a seguir determinados:

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açú, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil.

I - DA TEMPESTIVIDADE

No que diz respeito à apresentação de impugnações e pedidos de esclarecimento a edital, nas modalidades de licitação regidas pela Lei 8.666/93, vejamos as seguintes disposições da destacada Lei:

“Art. 41 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§1º. **Qualquer cidadão** é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no §1o do art. 113.

§2º. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o **licitante** que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Da leitura do disposto no art. 41, §1º, supra, temos que quando o sujeito ativo relativamente ao oferecimento de impugnação ao edital for qualquer cidadão, esta poderá ser apresentada em “até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação”, devendo a Administração apreciá-la em até 3 (três) dias úteis.

Ao passo que quando a impugnação for ato do licitante, que é o caso da ora Impugnante, poderá apresentá-la “até o segundo dia útil que anteceder (...) a abertura dos envelopes de habilitação” ou “a abertura dos envelopes com as propostas”, conforme for o caso.

Ainda, levando em conta que anteriormente à realização do certame ainda não se sabe quais particulares efetivamente participarão do certame e, serão então, denominados licitantes, idealmente se deverá acolher toda e qualquer impugnação apresentada dentro do prazo delimitado no §2º supra, eis que mais benéfico sob a ótica do ofertante; privilegiando-se, pois, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Desta feita, é de se assinalar que a presente insurreição encontra-se TEMPESTIVA, uma vez que protocolada com 2 (dois) dias úteis anteriores a data da abertura da licitação, qual seja **23 de junho de 2020, às 09:00hs.**

II - DA LEGITIMIDADE DA EMPRESA

Nos termos do § 1º, art. 41 da Lei de Licitações:

“Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação ou irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113”.

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açu, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.

O insigne jurista Carlos Ari Sundfeld, invocando o artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” da Magna Carta, defende a possibilidade de qualquer pessoa, física ou jurídica, impugnar o edital, pois citado dispositivo garante o direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

“Art. 5º (...)

XXXIV: são a todos assegurados,
independentemente do pagamento de taxas:

a. o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;”

III - 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 da comissão de licitação respondê-la, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contados da sua interposição junto à Administração Pública, como determina o artigo 18 e seu § 1º, do Decreto nº 5.450/2005.

“Art. 18. Até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do pregão, na forma eletrônica.

§ 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas”

Dessa forma, a comissão de licitação deverá apresentar resposta, no máximo até o dia **18/06/2020 (24 horas úteis após o protocolo 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.

IV - DOS FATOS

No próximo dia 23 de junho de 2020, a **PREFEITURA MUNICIPAL DE NOVA TRENTO**, irá realizar o procedimento licitatório que tem como objeto a: **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA ADMINISTRAÇÃO, GERENCIAMENTO, EMISSÃO, DISTRIBUIÇÃO E FORNECIMENTO DE CARTÕES DE VALE REFEIÇÃO/ALIMENTAÇÃO ELETRÔNICO/MAGNÉTICO OU COM CHIP, COM SENHA PESSOAL, PARA RECARGAS MENSAS, SOLICITADOS CONFORME DEMANDA, DESTINADO AOS SERVIDORES DA PREFEITURA DE NOVA TRENTO**, conforme características, especificações e quantidades constantes neste edital.

Desta feita, foi solicitado edital para análise de seu conteúdo, da qual se constatou irregularidades insanáveis, as quais macula de forma cabal os Princípios norteadores da licitação - **LEGALIDADE - ISONOMIA - MORALIDADE - PROIBIDADE ADMINISTRATIVA - COMPETIÇÃO**, fazendo com que recai sobre o processo uma nulidade absoluta.

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açú, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.

V - DAS RAZÕES

Ao compulsar os termos do presente instrumento convocatório, foram constatadas as seguintes irregularidades:

“VII -DA ACEITABILIDADE DA PROPOSTA VENCEDORA.

(...)

7.2.1. Considera-se inexequível a proposta que apresente valor de taxa de administração NEGATIVO, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos.

VIII-DA HABILITAÇÃO

8.2.2-QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

(...)

e) Comprovante de ter no município de NOVA TRENTO, no mínimo 05 (cinco) estabelecimentos credenciados no ramo previsto na Lei Municipal nº 2.748/2019, qual seja, SUPERMERCADOS, MERCEARIAS, RESTAURANTES, PADARIAS E AÇOGUES, cuja taxa de administração para estes, não seja superior a três por cento. Deverá a empresa licitante apresentar cópia do contrato de credenciamento onde taxa de administração não seja superior a três por cento.

8.2.3-QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

a) Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da licitante, com prazo de vigência de no máximo 60 dias.

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açu, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.

CLÁUSULA SÉTIMA - DAS PENALIDADES

(...)

2 -Pelo atraso injustificado por parte do contratado na execução do contrato, o mesmo sujeitar-se-á à multa de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao dia, sobre o valor inadimplente, que não excederá a 20% (vinte por cento) do montante.

3 -Pela inexecução total ou parcial do contrato, o contratado estará sujeito à pena de multa compensatória de até 20% (vinte por cento) sobre o valor total do contrato.”

Apresentados os itens passaremos à trata-los pontualmente.

V.1 - DA NÃO ADMISSÃO DE TAXA NEGATIVA

Ao analisar os termos do presente edital, foi possível identificar que o mesmo não aceitará a oferta de taxas zero ou negativa (desconto):

“VII -DA ACEITABILIDADE DA PROPOSTA VENCEDORA.

(...)

7.2.1. Considera-se inexequível a proposta que apresente valor de taxa de administração NEGATIVO, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos.”

É mister alhear 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

www.primebeneficios.com.br

intermediado.

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?

A resposta à indagação é positiva. A proposta da administradora pode ser aceita em razão da 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 vales-refeição e alimentação, 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;

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açú, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.

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).

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

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açú, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.

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 inexequível.

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, desde que o valor seja exequível, conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na decisão 38/1996 plenário.

E esse é o mesmo entendimento esposado pela Corte de Contas Catarinense externado através do julgamento da REP 19/00038126, que determinou que a prefeitura do município de Ouro anulasse o Edital de Pregão Eletrônico n.º 0062/2018, isto porque de acordo com a área técnica, “em licitações para operacionalização de vale-refeição e vale-alimentação, a taxa de administração é apenas uma das fontes remuneratórias das empresas, já que as mesmas têm também rendimentos oriundos da cobrança realizada dos estabelecimentos credenciados.” Assim, a proposta de preço com taxa de administração zero ou negativa não deve ser vedada, pois é ela que favorece a competitividade entre as empresas. Os auditores do TCE/SC salientaram ainda que tal proibição causou distorção no julgamento das propostas e o pregão tornou-se um mero sorteio, senão vejamos:

Processo n.: @REP 19/00038126

Assunto: Representação acerca de supostas irregularidades envolvendo o Pregão n. 0062/2018

www.primebeneficios.com.br

(Objeto: Gerenciamento, emissão, distribuição, administração do benefício de auxílio-alimentação, mediante cartão eletrônico, magnético, ou de similar tecnologia)

Responsável: Neri Luiz Miqueloto

Procuradores constituídos nos autos: Denissandro Perera e outros - Perera Sociedade de Advogados S/S. (da Personal Net Tecnologia de Informação Ltda.)

Unidade Gestora: Prefeitura Municipal de Ouro

Unidade Técnica: DLC

Decisão n.: 629/2019

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 c/c 113 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202/2000, decide:

1. Considerar procedente a Representação formulada pela empresa Personal Net Tecnologia de Informação Ltda., em razão das seguintes irregularidades:

1.1. Proibição de apresentação de taxa de administração negativa, em desacordo com o art. 40, X, da Lei n. 8.666/93.

1.2. Realização de sorteio apenas entre as empresas enquadradas como ME e EPP, excluindo as demais empresas normais, em desacordo com o art. 3º, caput, da Lei n. 8.666/93, e os princípios da isonomia e da competitividade do certame.

2. Determinar à Prefeitura Municipal de Ouro que promova a anulação do processo licitatório correspondente ao Pregão Presencial n. 0062/2018, com fundamento no art. 49, caput, da Lei n. 8.666/93, com

www.primebeneficios.com.br

observância do disposto nos §§ 1º a 3º, bem como encaminhe a este Tribunal cópia do ato de anulação no prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação da deliberação no Diário Oficial Eletrônico deste Tribunal, DOTC-e.

3. Dar ciência desta Decisão, bem como do Relatório e Voto do Relator que a fundamentam, a Representante, aos procuradores constituídos nos autos, a Prefeitura Municipal de Ouro e ao controle interno daquele Município.

Ata n.: 48/2019

Data da sessão n.: 22/07/2019 – Ordinária Especificação do quórum: Adircélio de Moraes Ferreira Júnior, Herneus De Nadal, Wilson Rogério Wan-Dall, Cesar Filomeno Fontes, Luiz Eduardo Cherem e José Nei Alberton Ascari

Representante do Ministério Público de Contas: Diogo Roberto Ringenberg
Conselheiros-Substitutos presentes: Gerson dos Santos Sicca e Sabrina Nunes Iocken

Entendimento diverso obstar a busca pela maior economicidade, outro ponto a se considerar é que sua manutenção frustrará a competitividade do certame, vez que certamente todas as empresas ofertarão a taxa mínima aceita, logo, não haverá a fase de lances, devendo a empresa vencedora ser conhecida no sorteio.

E para que não reste dúvidas sobre o tema, no âmbito do TCU há posição consolidada sobre a possibilidade de se praticar taxa negativa nos contratos administrativos, desde a década de 90 (Decisão 38/1996 – Plenário). Mais recentemente reforçam essa tese os Acórdãos nºs 1556/2014, 2.004/2018, 1.488/2018, 316/2019, todos do Plenário, e o Acórdão nº 6515/2018 – 2ª Câmara, publicados após a Portaria nº

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açu, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.

1.287/2017.

Especificamente em relação à própria Portaria 1.287/2017, o TCU publicou o Acórdão nº 1.623/2018 – TCU – Plenário, no DOU de 30/07/2018, através do qual determinou ao Ministério do Trabalho, em caráter liminar, a suspensão da aplicabilidade da Portaria, alegando que ela interfere na ordem econômica, restringindo a competitividade do setor de vales alimentação e mitiga a aplicação de legislação de contratações públicas, que busca a economicidade e o melhor preço.

Após, em 14/11/2018 o TCU emitiu o Acórdão nº 2619/2018 – Plenário, no qual determinou a anulação da Portaria 1.287/2017:

Acórdão:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fulcro no art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. determinar ao Ministério do Trabalho que, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, promova, no prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da ciência desta deliberação, a anulação da Portaria MTb 1.287/2017;

9.3. dar ciência desta deliberação ao Ministério do Trabalho e ao representante;

9.4. autorizar o oportuno arquivamento dos autos.” [sem grifo no original]

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açu, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.

Assim, o impasse sobre taxa negativa na contratação de vales-refeição e alimentação se resolve: a Portaria foi anulada pelo Tribunal de Contas da União.

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.

V.2 - APRESENTAÇÃO DE REDE CREDENCIADA NA FASE DE HABILITAÇÃO

Esta descabida exigência estampada no subitem 8.2.2, alínea “e”, além de extrapolar o rol de documentos permitidos para a fase de habilitação, se mostra restritiva à competitividade, pois de forma indireta está condicionando que as Licitantes credenciem Rede de Estabelecimentos no decorrer da licitação, o que constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para as empresas competidoras.

“VIII-DA HABILITAÇÃO

8.2.2-QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

(...)

e) Comprovante de ter no município de NOVA TRENTO, no mínimo 05 (cinco) estabelecimentos credenciados no ramo previsto na Lei Municipal nº 2.748/2019, qual seja, SUPERMERCADOS, MERCEARIAS, RESTAURANTES, PADARIAS E AÇOUQUES, cuja taxa de administração para estes, não seja superior a três por cento. Deverá a empresa licitante apresentar cópia do contrato de credenciamento onde taxa de administração não seja superior a três por cento.”

Esta prática adotada vai na contramão do entendimento da Corte de
www.primebeneficios.com.br

Contas da União.

Ademais, sobre o a exigências prévias que por sua natureza geram ônus as licitantes, cumpre destacar que tal prática é vedada pelo Tribunal de Contas da União, que inclusive sumulou a matéria, vejamos:

“Súmula nº 272/2012: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.”

O momento correto para a apresentação de Rede Credenciada é na assinatura do contrato, e este entendimento está concatenado pelo Tribunal de Contas da União conforme os **Acórdãos 1884/2010, 307/2011, 2962/2012, 3400/2012 e 1.718/2013**, todos do Plenário e consolidado com a seguinte decisão:

“E também que, conforme jurisprudência do Tribunal. “o momento adequado para a exigência de apresentação da rede credenciada é quando da contratação, concedendo ao licitante vencedor prazo razoável para tanto, de forma a garantir uma boa prestação do serviço sem causar qualquer prejuízo à competitividade do certame”. A inclusão dessa exigência no decorrer da licitação, portanto, “constitui ônus financeiro e operacional desarrazoado para as empresas competidoras” (Acórdão 686/2013-Plenário, TC 007.726/2013-9, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 27.3.2013.)

Resta fundamentado que o momento correto da apresentação da Rede Credenciada é na execução do contrato, dado ainda prazo razoável para sua implementação.

www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açu, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.

V.3 - DA FALTA DE EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL

Ao compulsar os termos do Instrumento Convocatório, em especial o subitem 8.2.3, alínea “a”, limita a boa comprovação da qualificação econômico-financeira a apresentação de Certidão Negativa de Falência e/ou Recuperação Judicial:

“8.2.3-QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

a) Certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da licitante, com prazo de vigência de no máximo 60 dias.”

No entanto, a presente omissão configura uma afronta ao que se encontra disposto no Art.31, I da Lei Federal nº 8.666/93:

“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;”

É dizer, o estatuto de licitações prevê expressamente que, com a finalidade de se comprovar a boa situação financeira da empresa, deve ser exigido das licitantes o balanço patrimonial, pois é documento idôneo para demonstrar de fato a saúde financeira de qualquer sociedade empresária.

Ocorre que o Edital de Pregão Eletrônico nº 027/2020 não exige que as licitantes comprovem sua qualificação econômico-financeira por meio de balanço patrimonial, situação essa que viola expressamente o texto legal.

www.primebeneficios.com.br

Ressalta-se que a administração pública se encontra vinculada ao princípio da legalidade, disposto tanto no Art. 37 da Constituição Federal como em praticamente toda norma referente à Administração Pública na legislação brasileira. Desse modo, existindo a exigência específica e expressa em Lei, no caso, no Art. 31, I da Lei Federal nº 8.666/93, a Prefeitura Municipal de Nova Trento/SC não está autorizada a desconsiderar tal mandamento.

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, conforme disposto no Art. 53¹ da Lei Federal nº 9.784/99, cominado com o Art. 10 e 11² da Lei Estadual nº 10.777/98, normas essas que exprimem a ilegalidade de atos administrativos praticados em contrariedade à Lei e, principalmente, o correspondente dever por parte dos respectivos agentes públicos responsáveis de anular tais atos, dada a premente impossibilidade de convalidação.

V.4 - DA COBRANÇA ABUSIVA DE MULTAS

Foi constatado no citado edital uma ilegalidade que sem sombra de dúvidas poderá desequilibrar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista o seu caráter extremamente abusivo e desproporcional:

“CLÁUSULA SÉTIMA - DAS PENALIDADES

¹ Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

² Artigo 10 - A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:
I - ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção;
II - da irregularidade não resultar qualquer prejuízo;
III - forem passíveis de convalidação.

Artigo 11 - A Administração poderá convalidar seus atos inválidos, quando a invalidade decorrer de vício de competência ou de ordem formal, desde que:

I - na hipótese de vício de competência, a convalidação seja feita pela autoridade titulada para a prática do ato, e não se trate de competência indelegável;

II - na hipótese de vício formal, este possa ser suprido de modo eficaz.

§ 1.º - Não será admitida a convalidação quando dela resultar prejuízo à Administração ou a terceiros ou quando se tratar de ato impugnado.

§ 2.º - A convalidação será sempre formalizada por ato motivado.

(...)

2 -Pelo atraso injustificado por parte do contratado na execução do contrato, o mesmo sujeitar-se-á à multa de mora de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao dia, sobre o valor inadimplente, que não excederá a 20% (vinte por cento) do montante.

3 -Pela inexecução total ou parcial do contrato, o contratado estará sujeito à pena de multa compensatória de até 20% (vinte por cento) sobre o valor total do contrato.”

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

Entretanto, como se observa nos itens acima elencados do edital, a Administração utiliza como parâmetro de cobrança de multas compensatórias, ou seja, multas oriundas da simples inexecução contratual, **limite acima do razoável e tolerado para este tipo de contratação, configurando assim um abuso.**

No caso em tela, veja que, segundo o edital, será possível a cobranças de multas até o teto de 20% (vinte por cento) sobre o valor total do contrato, ou seja, consubstanciando em ilegalidade, uma vez que, não pode a Administração de forma injustificada, aplicar tamanha monta, que certamente, independentemente do valor do contrato, trará um desequilíbrio aos licitantes.

A cobranças de multas em Contratos de Prestação de Serviços, devem ter como teto o valor das faturas emitidas do respectivo mês, ou sob 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 e cinquenta por cento positivo) sobre o valor global do contrato, e o valor

www.primebeneficios.com.br

global é de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), o parâmetro para cobranças 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).

Outra alternativa, conforme já destacado, é a cobrança das multas observando o teto do valor da respectiva fatura emitida para pagamento no mês da inexecução contratual, desta forma não onerando de forma abusiva o Contratado.

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 www.primebeneficios.com.br

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**

www.primebeneficios.com.br

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.

Destacamos que, a citada decisão do Ilustre Tribunal de Contas da União, considerou abusivo a cobrança de multas sob o teto de 10% (por cento) do valor do contrato, o que no caso em tela, a multa da qual se refuta, é baseada em patamar superior, qual seja 20% (vinte por cento) do valor do Contrato.

Isso demonstra, ainda mais, o abuso presente no edital em comento, uma vez que sem finalidade, de forma genérica e desproporcional, utiliza-se parâmetros irreais, que podem comprometer o equilíbrio contratual.

Cabe destacar, que valor global do contrato é uma expectativa de

gastos, serve apenas como parâmetros máximos de consumo pela Administração, podendo sofrer alterações de quantitativos realmente utilizados, pois tudo depende da demanda daquele período do contrato.

Em contrapartida, do valor global do contrato, se quer é descontado o lucro obtido pela empresa Contratada, uma vez que, na maioria dos pregões, é concedido taxa negativa à Administração Pública, ou seja, se quer será cobrado algum valor da Contratante, sendo os lucros obtidos diretamente das taxas cobradas da rede credenciada.

Assim, não existe razão em utilizar como parâmetro, ou teto para cobranças de multas, o valor global do Contrato, como fez a Administração no citado Pregão.

Ora, se os valores do contrato são uma mera expectativa de gastos, que podem sofrer mudanças, seria injusto cobrar das Contratadas multas baseadas nestes valores, e se no decorrer do contrato a Administração não gastar tudo o que foi provisionado? A multa cobrada da Contratada seria revertida, e o valor pago a mais devolvido? Sendo que o valor global do contrato não seria o mesmo.

Ainda, poderá a Administração incorrer em enriquecimento sem causa, uma vez que obteve vantagem superior ao realmente devido pela eventual Contratada, a própria legislação prevê no art. 884, do Código Civil, a reparação 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, os citados itens do Edital, Termo de Referência e Minuta de Contrato, são abusivos, devendo a Administração retifica-los para que seja cobrados

www.primebeneficios.com.br

multas proporcionais ao objeto do contrato, que seja estipulado graduação de penalidades, conforme o tipo de inexecução cometida, ou que utilize como teto para aplicação de multas, os valores das taxas positivas ou negativas cobradas da Administração, e nunca o valor total estimado do Contrato.

VI - DOS PEDIDOS

E por todo atacado, demonstra-se que a condução do processo licitatório corre em completo arrepio da lei, ferindo direitos tanto de particulares quanto em última análise da própria sociedade, que é a beneficiária direta de toda ação dos Entes Federativos.

Destarte, requer a **IMEDIATA SUSPENSÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO N.º: 027/2020 - PROCESSO LICITATÓRIO N.º 045/2020**, e como direta obediência ao princípio da legalidade a retificação do edital convocatório com a:

1. **ADMISSÃO** de oferta de taxa zero e negativa (desconto);
2. **EXCLUSÃO** da exigência contida no subitem 8.2.2, alínea "a" e quaisquer outros que venha a exigir a apresentação de rede credenciada na fase de habilitação;
3. Requer-se a análise quanto a legalidade de realização do procedimento licitatório para contratação do objeto em comento sem a exigência de balanço patrimonial;
4. **EXCLUSÃO** da Cláusula 7, itens 2 e 3, e quaisquer outros que venham a impelir tamanha multa abusiva;
5. Caso não seja possível deferir os pedidos anteriores requer **CÓPIAS COMPLETAS** do processo licitatório para análise do Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado.

Termos em que,

Pede Deferimento.

Santana de Parnaíba/SP, 17 de junho de 2020.

PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA.

RENATO LOPES – OAB/SP 406.595-B
www.primebeneficios.com.br

Matriz: Rua Calçada Canopo, 11- SL. 03- Andar 2- Centro de Apoio II - Alphaville - Santana de Parnaíba / SP | CEP: 06541-078

Filial: Rua Açu, 47- Alphaville Empresarial- Campinas / SP | CEP: 13098-335

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira- ICP-Brasil.