



**PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA
SECRETARIA-GERAL
SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO
DIRETORIA DE RECURSOS LOGÍSTICOS
COORDENAÇÃO-GERAL DE LICITAÇÃO E CONTRATO**

Referência: Processo nº 00036.000931/2014-12
Pregão, na forma eletrônica, nº 002/2014-SPM

Trata-se da análise da impugnação, interposta tempestivamente, ao Edital do Pregão em epígrafe que tem por objeto a seleção e contratação de empresa para prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), para atender às usuárias da Central de Atendimento à Mulher, Ligue 180, no âmbito nacional e internacional.

I – DO PLEITO

A Impugnante, após análise do edital, apresenta seus argumentos que, em síntese, passamos a transcrever, conforme segue:

(...)

*Da análise do Edital em epígrafe observa-se que algumas disposições atentam contra os princípios da Legalidade e da Competitividade, possibilitando, desta feita, o afastamento de possíveis interessados no procedimento licitatório acima referido e, conseqüentemente, impedindo que a **SPM** selecione e contrate a proposta mais vantajosa.*

(...)

I – DAS SANCÕES

No Edital, no Termo de Referência e na Minuta do Contrato encontram-se descritos alguns percentuais excessivos de multa, motivo pelo qual insta-nos esclarecer que tais penalidades devem ser aplicadas sempre em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, buscando seu único fim, que é o de ressarcir um dano causado, e não gerar o desequilíbrio do contrato.

Além disso, é incontroverso que a aplicação de multas de elevada monta é um fator preponderante no desequilíbrio econômico do contrato. Tal imposição deixa de ser interessante para a própria SPM, uma vez que a assunção de riscos que extrapolam os usualmente aplicados e razoáveis teria

uma direta repercussão econômica nas propostas apresentadas pelos licitantes, já que uma parcela que compõe o valor da proposta é composta pela precificação do risco envolvido, sendo um tanto maior quanto maiores os riscos assumidos.

O aumento abusivo dos riscos para o particular quando da contratação dos serviços, ademais, pode acarretar maior repasse desse valor para a SPM, sob a forma de preço, pois haveria um ônus muito grande a ser suportado somente pela futura contratada.

Além disso, no caso em tela, conforme se verifica pela análise do Edital, do Termo de Referência e da Minuta de Contrato, subsiste a necessidade de alteração em seus textos, conforme abaixo:

(Edital)

“22. SANÇÕES

(...)

22.2 *Com fundamento no artigo 7º da Lei n.º 10.520/2002 e no art. 28 do Decreto n.º 5.450/2005, ficará impedida de licitar e contratar com a União e será descredenciada do SICAF, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, garantida a ampla defesa, sem prejuízo das demais cominações legais e de multa de até **10% (dez por cento)** sobre o valor da contratação, (...)*”

(Termo de Referência)

11. SANÇÕES

11.1 *Se ficar comprovada a existência de qualquer irregularidade ou ocorrer inadimplemento pelo qual possa ser responsabilizada a Licitante, esta, resguardados os procedimentos legais pertinentes, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente, poderá sofrer as seguintes sanções:*

(...)

g) *Multa de **10% (dez por cento)**, calculada sobre o valor **mensal** da contratação, em caso de inexecução total da obrigação assumida;*

h) *Multa de 0,5% (zero vírgula cinco por cento), calculada sobre o valor **mensal** da contratação quando for constatado o descumprimento de qualquer obrigação prevista neste Termo de Referência, ressalvadas aquelas obrigações para as quais tenham sido fixadas penalidades específicas; e;”*

(Minuta de Contrato)

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DAS SANÇÕES

*Se no decorrer da **execução do objeto** do presente contrato, ficar comprovada a existência de qualquer irregularidade ou ocorrer inadimplemento pelo qual*

possa ser responsabilizada a **CONTRATADA**, esta, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente, resguardados os procedimentos legais pertinentes, poderá sofrer as seguintes penalidades:

(...)

5) multa de **10% (dez por cento)**, calculada sobre o valor **mensal** do contrato, em caso de inexecução total da obrigação assumida;

6) multa de **0,5% (meio por cento)**, calculada sobre o valor **mensal** da contratação, quando for constatado o descumprimento de qualquer obrigação prevista no contrato e termo de referência, ressalvadas aquelas obrigações para as quais tenham sido fixadas penalidades específicas.

Subcláusula Primeira - Com fundamento no artigo 7º da Lei n.º 10.520/2002 e no art. 28 do Decreto n.º 5.450/2005, ficará impedida de licitar e contratar com a União e será descredenciada do SICAF, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, garantida a ampla defesa, sem prejuízo das demais cominações legais e de multa de até **10% (dez por cento)** sobre o valor para a contratação, (...):”

Sendo certo, ademais, que estas alterações apenas adequarão o Edital, o Termo de Referência e a Minuta de Contrato aos usuais percentuais de penalidades praticadas em licitações semelhantes a seus prestadores de serviços, sem onerar indevidamente a oferta a ser apresentada, face o risco envolvido com este tipo de penalidade.

Destaca-se que a necessidade de se adequar as penalidades a serem aplicadas em caso de inexecução parcial ou total, aos princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade é entendimento assentado dos Tribunais, conforme se observa na jurisprudência abaixo mencionada, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 330.677-RS (2001/0091240-0):

“**CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. MORA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. REDUÇÃO. INOCORRÊNCIA DE INVASÃO DE COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PELO JUDICIÁRIO. INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI. APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.**

Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Os atos administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência.

O art. 86 da Lei 8666/93, impõe multa administrativa pela mora no adimplemento do serviço contratado por meio de certame licitatório, o que não autoriza sua fixação em percentual exorbitante que importe em locupletamento ilícito dos órgãos públicos.

Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações).

Princípio da Razoabilidade.

Recurso Improvido.”

Diante de todo o alegado, não restam dúvidas de que as penalidades elencadas acima devem ser calculadas da forma sugerida, atendendo, assim, aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, afastando a possibilidade de enriquecimento sem causa por parte da Contratante e de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além disso, a revisão das multas conforme o sugerido se torna imprescindível no presente caso, tendo em vista que os valores constantes do Edital, do Termo de Referência e da Minuta de Contrato constituem um excesso por parte da SPM, e ao mantê-los, estaria submetendo a Contratada não somente a uma penalização exorbitante, mas também a danos econômico-financeiros.

Por todo o exposto, requeremos o acolhimento dos pleitos acima destacados, sendo certo que tal medida encontra respaldo nos princípios da Legalidade, Isonomia, Ampla Competitividade e Razoabilidade, na forma do disposto na Lei 8.666/93.

2 – DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

*Como resta demonstrado, a alteração do edital é medida garantidora da legalidade da licitação, possibilitando à **SPM** selecionar a proposta mais vantajosa para cada um dos serviços contratados, bem como do futuro contrato, por meio da correção das incoerências aqui apontadas. Ante o exposto, a fim de garantir o caráter equânime e competitivo da licitação, bem como a aplicação dos princípios da legalidade e da justa competição, requer a alteração do edital nos termos propostos acima.*

(...)

II – DA APRECIÇÃO

Quanto aos argumentos trazidos pela impugnante, no que diz respeito às Sanções, relevante transcrever os itens que foram rebatidos, mais precisamente, os itens 22.2 do edital, item 11.1. alíneas “g” e “h” do Termo de Referência e Cláusula Décima Primeira, subitens 5), 6) e Subcláusula Primeira, senão vejamos:

***22.2** Com fundamento no artigo 7º da Lei n.º 10.520/2002 e no art. 28 do Decreto n.º 5.450/2005, ficará impedida de licitar e contratar com a União e será descredenciada do SICAF, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, garantida a ampla defesa, sem prejuízo das demais cominações legais e de multa de até 30% (trinta por cento) sobre o valor da contratação, a LICITANTE que:*

- a) deixar de entregar documentação exigida no edital;*
- b) apresentar documentação falsa;*
- c) ensejar o retardamento da execução do objeto;*
- d) não mantiver a proposta;*
- e) falhar na execução do contrato;*

- f) fraudar na execução do contrato;
- g) comportar-se de modo inidôneo;
- h) fizer declaração falsa;
- i) cometer fraude fiscal.

(...)

II. Se ficar comprovada a existência de qualquer irregularidade ou ocorrer inadimplemento pelo qual possa ser responsabilizada a Licitante, esta, resguardados os procedimentos legais pertinentes, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente, poderá sofrer as seguintes sanções:

a) Multa de 10% (dez por cento), calculada sobre o valor total da contratação, devidamente atualizado, na hipótese de recusa injustificada do licitante vencedor em assinar o contrato no prazo de 5 (cinco) dias, após regularmente convocado;

b) Advertência por escrito;

c) Multa de 1% (um por cento) sobre o valor faturado no mês da última advertência, no caso de a Contratada acumular 3 (três) advertências;

d) Multa de 2% (dois por cento) sobre o valor faturado no mês da última advertência, no caso de a Contratada acumular 4 (quatro) advertências;

e) Multa de 0,33% (zero vírgula trinta e três por cento) ao dia sobre a parcela que der causa no caso de atraso na execução do objeto, limitada a incidência a 30 (trinta) dias.

f) Multa de 10% (dez por cento), sobre o valor da parcela que der causa, em caso de atraso na execução do objeto, por período superior ao previsto na **alínea “e”** ou de inexecução parcial da obrigação assumida;

g) Multa de 20% (vinte por cento), calculada sobre o valor total da contratação, em caso de inexecução total da obrigação assumida;

h) Multa de 0,5% (zero vírgula cinco por cento), calculada sobre o valor total da contratação quando for constatado o descumprimento de qualquer obrigação prevista neste Termo de Referência, ressalvadas aquelas obrigações para as quais tenham sido fixadas penalidades específicas; e

i) Multa de 0,07% (sete centésimos por cento) calculada sobre o valor anual estimado da contratação, por dia de atraso, em caso de inobservância do prazo fixado para apresentação e reposição da garantia, observado o máximo de 2% (dois por cento);

j) O atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias, para apresentação da garantia, autoriza a Administração a promover a rescisão do contrato por descumprimento ou cumprimento irregular de suas cláusulas contratuais, conforme dispõem os incisos I e II do Art. 78 da Lei nº 8.666/1993;

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DAS SANÇÕES

Se no decorrer da **execução do objeto** do presente contrato, ficar comprovada a existência de qualquer irregularidade ou ocorrer inadimplemento pelo qual possa ser responsabilizada a **CONTRATADA**, esta, sem prejuízo das demais sanções previstas na legislação vigente, resguardados os procedimentos legais pertinentes, poderá sofrer as seguintes penalidades:

1) advertência;

1.1) Multa de 1% (um por cento) sobre o valor faturado no mês da última advertência, no caso de a CONTRATADA acumular 3 (três) advertências;

1.2) Multa de 2% (dois por cento) sobre o valor faturado no mês da última advertência, no caso de a CONTRATADA acumular 4 (quatro) advertências;

2) multa de 0,07% (sete centésimos por cento) calculada sobre o valor total atualizado do contrato, por dia de atraso, em caso de inobservância do prazo fixado para apresentação e reposição da garantia, observado o máximo de 2% (dois por cento);

2.1) o atraso superior a 25 (vinte e cinco) dias autoriza a CONTRATANTE a promover a rescisão do contrato por descumprimento ou cumprimento irregular de suas cláusulas, conforme dispõem os incisos I e II do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993;

3) multa de 0,33% (zero vírgula trinta e três por cento) ao dia sobre a parcela que der causa, em caso de atraso na execução do objeto, limitada a incidência a 30 (trinta) dias;

4) multa de 10% (dez por cento), sobre o valor da parcela que der causa, em caso de atraso na execução do objeto, por período superior ao previsto no item anterior ou de inexecução parcial da obrigação assumida.

5) multa de 20% (vinte por cento), calculada sobre o valor total do contrato, em caso de inexecução total da obrigação assumida;

6) multa de 0,5% (meio por cento), calculada sobre o valor da contratação, quando for constatado o descumprimento de qualquer obrigação prevista no contrato e termo de referência, ressalvadas aquelas obrigações para as quais tenham sido fixadas penalidades específicas.

Subcláusula Primeira - Com fundamento no artigo 7º da Lei n.º 10.520/2002 e no art. 28 do Decreto n.º 5.450/2005, ficará impedida de licitar e contratar com a União e será descredenciada do SICAF, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, garantida a ampla defesa, sem prejuízo das demais cominações legais e de multa de até 30% (trinta por cento) sobre o valor para a contratação, a CONTRATADA que:

- a) deixar de entregar documentação exigida no edital;
- b) apresentar documentação falsa;
- c) ensejar o retardamento da execução do objeto;
- d) não mantiver a proposta;
- e) falhar na execução do contrato;
- f) fraudar na execução do contrato;
- g) comportar-se de modo inidôneo;
- h) fizer declaração falsa;
- i) cometer fraude fiscal.

Quanto à manifestação da Área Técnica Demandante, em síntese:

“A empresa impugnante questiona a razoabilidade das exigências contidas no item 22.2 do Edital, os itens 11.1 ‘g’ e ‘h’ e 11.2 do Termo de referência, além da Cláusula Décima Primeira, ‘5’ e Subcláusula Primeira da Minuta do Contrato. Alega que as penalidades não estão em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Tal entendimento não merece acolhida, justamente por questionar a discricionariedade e a razoabilidade do próprio administrador público, que não comete nenhuma

ilegalidade, vídeo art. 7º da Lei nº 10.520/02 que deixa a cargo da discricionariedade da Administração a estipulação dos percentuais sancionatórios e sua incidência. Ressalte-se que a estipulação do percentual está balizada pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Por acreditar ser o referido percentual devido para garantir a segurança da execução do contrato em tela, de modo que nenhum argumento defendido pela impugnante se mostra plausível para infirmar o percentual adotado no Edital impugnado, razão pela qual, deve ser mantido como se encontra.

(...)

Quanto a todo o mais, não há o que retocar em relação ao Edital impugnado, ou o Termo de Referência, Minuta de Contrato ou quaisquer de seus outros anexos, devendo manter-se incólumes às redações de todos os pontos que não foram objeto de impugnação, ou que foram, mas cujas manutenções se mostram devidas, conforme demonstrado na resposta ora apresentada.”

Sobre o assunto em questão, cabe ressaltar que a função da penalidade, e neste particular a multa, é justamente resguardar o interesse público dos prejuízos advindos de uma desobediência do licitante, implicando, naturalmente, em poder intimidatório ao particular que de uma maneira ou de outra acaba por retardar ou prejudicar o certame, visa ainda reprimir condutas lesivas à administração e desestimular aqueles que imotivadamente se recusam a assinar o contrato.

Desta forma, tem natureza indenizatória na medida em que busca a recomposição dos prejuízos sofridos pela administração em virtude da desistência do licitante vencedor, pela mobilização do aparato administrativo para a consecução do certame.

Ademais, as disposições estatuídas no Código Civil Brasileiro, e aplicáveis a todas as modalidades contratuais indistintamente, respeitando-se, obviamente as especificidades de cada instrumento, prevê em seu artigo 472 que: “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”. Portanto, o percentual estabelecido no item 22.2 do Edital do Pregão em questão, atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e não pode ser qualificado como abusivo.

Da mesma forma que as penalidades estipuladas também têm a finalidade de resguardar o interesse público dos prejuízos advindos de uma desobediência, desta vez, do contratado, consistente em não realizar o objeto contrato, seja por culpa ou dolo. Almeja a recomposição dos prejuízos sofridos pela administração e encontra seu fundamento legal no inciso II do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e art. 472 do Código Civil Brasileiro, conforme mencionado anteriormente, atendendo também aos ditames da razoabilidade e proporcionalidade.

Merece destaque, que no edital e Termo de Referência questionados pela impugnante, observa-se, diretamente e indiretamente, remição aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ressalte-se que a penalidade pecuniária não é de 30% (trinta por cento) e sim seu teto, representado pela termo “até”.

A dosimetria da sanção será apurada no caso concreto revelando-se por intermédio de regular processo administrativo, no qual será respeitado o contraditório e a ampla defesa, constitucionalmente previstos, quando todas as condutas e razões serão conhecidas, possibilitando a gradação da multa no intervalo compreendido entre 1% e 30% do valor contratado.

De maneira análoga, referente à base utilizada para a determinação do valor da multa a ser aplicada, que conforme consta nos itens g) e h) do item 11 do Termo de Referência e dos itens 5) e 6) da Cláusula Décima Primeira da minuta de Contrato, é o valor total da contratação, esta

também reside no campo da discricionariedade da Administração, que busca resguardar o interesse público dos prejuízos advindos de uma desobediência do licitante.

Assim, embora a insurgência da impugnante se assente basicamente na desproporcionalidade do percentual da sanção estabelecida, sua premissa está equivocada, pois foi verificada de forma precipitada. A exata porção de qualquer multa a ser aplicada pela Presidência da República não se dará antes de aperfeiçoado o respectivo processo de apuração da responsabilidade administrativa.

Diante do exposto, informo que o item será mantido.

III – CONCLUSÃO

Analisadas as alegações da Impugnante, **CONHEÇO** a impugnação por ser tempestiva e estar nos moldes legais para, no mérito, julgar **IMPROCEDENTE**, conforme parecer da Área Técnica Demandante, sendo mantidos os itens constante do Edital e Termo de Referência e as Cláusulas da Minuta de Contrato, devendo ser aguardado o estabelecimento de nova data para a abertura do certame.

Brasília-DF, 12 de junho de 2015.

Edson Murilo Mendes de Almeida
Pregoeiro/PR