

Domingos Martins-ES, 23 de Julho de 2021

Ao

Pregoeiro

**Instituto De Previdência Social Dos Servidores Públicos Do Município de Viana/ES - IPREVI
Pregão Eletrônico nº 061/2021**

Assunto: Questionamento

Como é sabido, a elaboração do edital subordina-se a regras vinculantes previstas em lei, somadas ao exercício de escolhas discricionárias da Administração Pública. Assim, todas as vezes que analisamos um edital, podemos nos deparar com vícios tanto de natureza vinculada como de natureza discricionária.

Após análise do edital, na modalidade Pregão Eletrônico nº 061/2021, apresentamos questionamento acerca dos seguintes itens:

Questionamento 01

Ao analisar o referido edital identificamos o item 8 - OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA aonde constam as obrigações da contratada, senão vejamos:

8.17 - O não atendimento a qualquer dos itens do edital acarretará a aplicação da penalidade "multa", no percentual de 10% (dez por cento) do valor global da proposta, sendo possível ainda a aplicação de outras sanções, conforme a gravidade e justificativa da proponente.

DA FIXAÇÃO DE MULTA COM PERCENTUAL EXORBITANTE

Vício que macula o procedimento licitatório diz respeito à fixação de multa administrativa no importe de até 10% (dez por cento) sobre o valor da contratação, conforme disposto no item 8.17 do edital ora analisado.

Tal percentual é descabido e poderia gerar enriquecimento ilícito por parte desta Autarquia, haja vista o vultoso valor da multa a ser aplicada nos casos de inexecução contratual. Além disso, a aplicação de penalidades moratórias e compensatórias de grande monta, como é o caso, podem gerar certa insegurança e risco financeiro incalculável para a futura contratada em relação à execução dos serviços.

É certo que sob a alegação da supremacia do interesse público sobre o particular, a Administração Pública se recorre deste princípio para estipular multas e penalidades exorbitantes, mas não como forma de priorizar o interesse público, mas sim como forma de reprimir condutas lesivas à Administração e desestimular a inexecução contratual, além da compensação por perdas e danos diretos. Exatamente por tal motivo é que as multas não devem ser aplicadas de modo aleatório e desproporcional.

É cediço que a Administração Pública se beneficia das cláusulas exorbitantes em nome da concretização do interesse público consubstanciado na ideal prestação dos serviços por ela contratados. Porém, mesmo que o

administrador esteja em condição de superioridade frente ao particular, o interesse econômico-financeiro deste na formalização do contrato, qual seja, a obtenção da justa remuneração (lucro), não pode ser afetada.

O estatuto licitatório, em seu art. 58, incisos III e IV, possibilita a ampla fiscalização dos contratos administrativos e dá a opção de aplicar sanções sempre que detectar inexecuções por parte do Contratado. Contudo, quando se trata de multas pecuniárias, não há previsão de índices específicos e limitação das penalidades, o que enseja a imposição unilateral de tais cláusulas contratuais pela Administração Pública, muitas vezes em dissonância com os direitos patrimoniais do particular na celebração da avença.

O objetivo legal para cláusula de penalidade moratória é apenas penalizar o contratado ou contratante pelo período de mora (de atraso), sendo que os padrões usuais aplicáveis aos contratos de prestação de serviços exigem multas sobre o valor mensal da parcela do serviço em atraso ou inadimplida, a ser apurada por hora ou fração, na proporção de 0,1% (baixa criticidade); 0,2% (média criticidade); ou 0,3% (alta criticidade), sendo em todos os casos, este tipo de penalidade limitado ao percentual de 2% (dois por cento) até 10% (dez por cento) sobre o valor mensal da parcela do serviço em atraso, o que for aplicável e devido na época do inadimplemento.

A limitação do percentual da penalidade moratória é respaldada na legislação do Código de Defesa do Consumidor, o qual permite a aplicação de 2% (dois por cento), buscando tornar justa e adequada a aplicação de penalidade contratual. A limitação de 10% (dez por cento) encontra fundamento na Lei de Usura, prevista no Decreto nº 22.626/33, art. 9º, que dispõe sobre a não validade da cláusula penal superior à importância de 10 % (dez por cento) da dívida (entenda-se também por obrigação contratual).

Além dos diplomas legais citados acima, acrescenta-se as disposições contidas no Código Civil, que por força do art. 54 da Lei de Licitações se aplicam subsidiariamente aos contratos administrativos. Dentre elas, destaca-se o art. 413, cuja redação é clara no sentido de permitir a redução da penalidade caso seja excessiva ou a obrigação principal tiver sido cumprida em parte.

É neste sentido que as penalidades devem ser aplicadas em conformidade com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, inerentes à Administração Pública, buscando seu único fim, qual seja, ressarcir o atraso causado, conforme a própria nomenclatura dada à penalidade moratória, que decorre de mora - atraso, completamente diferente dos casos de infração contratual que acarretam na rescisão por inexecução parcial ou total do Contrato, em que se aplica apenas a hipótese da penalidade penal (compensatória).

Desta feita, fica evidente que a aplicação de cláusulas moratórias e penais excessivas e sem proporcionalidade e adequação ao atraso e/ou evento inadimplido são totalmente inadequadas e ilegais, uma vez que frustram, inclusive, a própria economicidade perquirida em uma contratação e seu procedimento licitatório, devendo por este motivo serem revistas para a viabilização de uma oferta de prestação de serviços (contratação) mais econômica e transparente para a Administração Pública Licitante.

Corroborando com este entendimento vejamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

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. 1. Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma. 2. 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. 3. O art. 86, da Lei nº 8.666/93, 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. 4. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). 5. Princípio da Razoabilidade. 6. Recurso improvido. (STJ, REsp 330677/RS, Ministro JOSÉ DELGADO, T1 - PRIMEIRA TURMA, Publicado em DJ 04.02.2002).

Assim, não há que se falar em multa ou penalidade no importe em nenhuma % (porcentagem) sobre o valor estimado para a contratação, sob pena de enriquecimento ilícito por parte desta Casa de Leis.

SUPORTE

A CONTRATADA deverá disponibilizar um analista de negócios que ficará no IPREVI – Instituto de Previdência de Viana, de segunda a sexta-feira com horário de atendimento de 08:00 às 18:00h, este analista será responsável intermedia com as áreas de negócio.

Vale destacar que esse item não foi pedido em nenhum momento no processo licitatório e que gera custo para a empresa participante, sendo assim essa respeitada administração deveria ter orçado com as empresas tais serviços, bem como determinado anteriormente o serviço, tendo em vista que gera custo para as interessadas.

Na oportunidade, colocamo-nos à disposição para o esclarecimento de quaisquer dúvidas adicionais.

Se possível, gostaríamos de receber a resposta o mais breve possível.

Dados para contato:

Fax: 27-3268 3123

e-mail: licitacao@el.com.br

Sem mais agradecemos.

À disposição para maiores esclarecimentos,


Assistente Administrativo de Contratos e Licitações
E&L Produções de Software Ltda.