



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



ANÁLISE INICIAL DE DENÚNCIA

Processo nº: 1088851

Natureza: DENÚNCIA

Relator: CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ

Data da Autuação: 28/04/2020

1. INFORMAÇÕES GERAIS

Data do Juízo de Admissibilidade: 28/04/2020

Objeto da Denúncia:

Irregularidades referentes ao edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020

Origem dos Recursos: Municipal

Tipo de Ente Jurisdicionado: Município

Entidade ou Órgão Jurisdicionado: Prefeitura Municipal de Montes Claros

CNPJ: 22.678.874/0001-35

DADOS DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO

Processo Licitatório nº: 055/2020

Objeto:

Contratação de sociedade empresária ou unipessoal especializada para administrar o fornecimento, gerenciamento, controle e aquisição de combustível tipo gasolina comum, óleo diesel comum, óleo S10 e etanol para abastecimento, mediante utilização de cartão de crédito eletrônico dos veículos e equipamentos que compõem a frota do município

Modalidade: Pregão

Tipo: Menor preço

Edital nº: 019/2020

Data da Publicação do Edital: 29/04/2020

2. ANÁLISE DOS FATOS DENUNCIADOS

Introdução:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



Trata-se de denúncia formulada pela Prime Consultoria e Assessoria Empresarial Ltda., em face de supostas irregularidades no edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020, deflagrado pelo Município de Montes Claros, que tem por objeto a:

contratação de sociedade empresária ou unipessoal especializada para administrar o fornecimento, gerenciamento, controle e aquisição de combustível tipo gasolina comum, óleo diesel comum, óleo S10 e etanol para abastecimento, mediante utilização de cartão de crédito eletrônico dos veículos e equipamentos que compõem a frota do município.

Após a retificação do edital, o valor da contratação foi estimado em R\$ 3.487.641,49 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil, seiscentos e quarenta e um reais e quarenta e nove centavos).

Devidamente autuados os autos como denúncia e distribuídos ao Conselheiro Gilberto Diniz, o relator determinou a intimação da responsável para que encaminhasse cópia de toda a documentação relativa às fases interna e externa do certame, tomasse conhecimento do teor da denúncia e apresentasse os esclarecimentos necessários à elucidação dos fatos.

Em seguida, vieram os autos a esta Unidade Técnica para análise.

2.1 Apontamento:

Limitação ao maior desconto oferecido pelas licitantes

2.1.1 Alegações do denunciante:

A denunciante alega que o valor das propostas ofertadas pelas licitantes e, conseqüentemente, o do contrato, tem como parâmetro limitador os preços médios da tabela da ANP referente ao Município de Montes Claros, em infringência aos termos do inciso XXI do art. 37 da Constituição da República, que obriga a Administração a manter as condições iniciais da contratação.

Informa que a Agência Nacional do Petróleo (ANP) efetua um simples levantamento dos preços publicados pelas distribuidoras e revendedoras de combustíveis, variando os postos e a quantidade consultada todos os meses e considerando, também, as margens de comercialização, quais sejam, preços mínimos, médios e máximos.

Assevera que haverá um desequilíbrio na execução contratual, a demandar a atuação da contratada nos termos dos arts. 57 e 58 da Lei de Licitações, nas hipóteses em que o preço médio previsto na tabela da ANP for inferior ao preço da bomba no momento do abastecimento, o que faria com que a contratada tivesse que arcar com o prejuízo.

Afirma que a taxa aplicada deve ser o preço da bomba no momento do abastecimento, considerando que a contratada não comercializa combustível, não tendo controle, portanto, sobre os preços praticados.

2.1.2 Documentos/Informações apresentados:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



Edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020

2.1.3 Período da ocorrência: 29/04/2020 em diante

2.1.4 Análise do apontamento:

Intimada para se manifestar, a pregoeira, Sra. Glennda Santos Cardoso, por meio dos Procuradores municipais, afirma que tais limites evitam que sejam firmados contratos com valores abusivos, além de manterem o equilíbrio financeiro do contrato, tendo em vista que em cada abastecimento será cobrado o valor real de mercado, com base no valor médio da ANP.

Aduz que o pagamento do combustível pelo valor da bomba pode ensejar a ocorrência de fraudes na execução do contrato.

Ainda, segundo o Gerente de Transportes da SEPLAG, Sr. Lucas Pinheiro Gomes, a fixação dos preços com base nos preços médios levantados pela ANP é medida salutar no controle de preços, tendo, inclusive, a empresa ora denunciante prestado o mesmo tipo de serviço ao Município no ano anterior, nos mesmos termos.

Compulsando os autos, verifica-se que, acerca da limitação do desconto a ser oferecido, o edital prevê:

VII - DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

4 - O licitante deverá consignar o percentual de desconto sobre o valor médio da pesquisa da ANP no lote para o qual deseja enviar proposta, vedada a identificação dos licitantes.

[...]

VIII - DA ABERTURA DA SESSÃO, CLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS E FORMULAÇÃO DE LANCES

1.1 - O critério de julgamento será **o maior desconto sobre a tabela ANP.**

1.1.1 - **O percentual de xx% (xx por cento)** de desconto dos combustíveis incidirá sobre os preços indicados nas bombas. Havendo divergência na data do fornecimento, entre o valor indicado na bomba e a média do valor por litro praticado no mercado varejista de Montes Claros e, considerando a publicação da ANP, o percentual de desconto incidirá sobre o menor valor; (destaques no original)

No mesmo sentido, o Anexo I – Termo de Referência estabelece:

5 – ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DOS SERVIÇOS

[...]

5.16 – O valor por litro de combustível não poderá ser superior ao preço médio divulgado pela ANP para Município de Montes Claros/MG.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



Sabe-se que os preços nos postos de combustíveis, apesar de serem regulados pela tabela da ANP, não são idênticos, havendo uma enorme variação para mais ou para menos. Esta tabela serve apenas de parâmetro e, hoje, a maioria dos postos de combustíveis detem sistema próprio ou contratado de gerenciamento eletrônico das unidades de abastecimento.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já se manifestou sobre o tema, *in verbis*:

Sessão: 2/9/2009

E002 TC-027409/026/09

Interessado: Instituto de Botânica

Assunto: Edital do Pregão Eletrônico nº 11/2009, que tem por objeto o fornecimento e gerenciamento de documento de legitimação de crédito para aquisição de combustível no varejo, requisitado para exame em virtude de representação de Atlanta Distribuidora de Petróleo Ltda.

Voto

No mérito, confesso, Senhores Conselheiros, considerando também o ineditismo da matéria, ao menos em sede de exame prévio, que ainda me pairam dúvidas acerca da solução adotada. Digo isso ancorado, principalmente, no fato de que o credenciamento da rede de combustíveis ficará a cargo da contratada, cuja limitação, quanto aos valores dos combustíveis a serem adquiridos, será baseada no preço unitário médio do mês anterior ao da efetivação do abastecimento, por município, disponibilizados pela Agência Nacional de Petróleo – ANP, conforme constou do subitem 9.2 do anexo I do edital. Tal medida, a meu ver, possibilita que a vencedora, mesmo respeitando tais parâmetros, ajuste com fornecedoras que não praticam, necessariamente o menor preço, já que se tratam de valores médios. Se, de um lado, repiso que tenho estas restrições, de outro, sou forçado a reconhecer as várias vantagens decorrentes da adoção do sistema, que, colocados na balança, parecem se sobrepor àqueles entraves. Com efeito, conforme se constata da instrução processual e dos documentos encartados pelo Instituto de Botânica, enumera-se como benefícios à Administração a disponibilização de relatórios gerenciais para que o gestor público tenha um controle mais eficaz do uso de combustível, a admissão de taxa de administração com deságio, a garantia da qualidade do combustível fornecido pelos postos, sob pena de descredenciamento, redução de despesas administrativas relativas à frota, flexibilização do sistema de abastecimento, dentre outras. Também merece ponderar que vários outros órgãos, entidades do Estado e até mesmo o Governo Federal já se utilizam dessa técnica, sem qualquer censura, que se saiba, como mencionou a SDG, em seu bem elaborado parecer. Aliado a esse fato, importa consignar que casos análogos obtiveram o julgamento pela regularidade da Corte, como constou dos autos do TC-34767/026/06, TC-4724/026/09, TC-10752/026/09 e TC-31608/026/06. Por fim, corrobora, ainda, o julgamento na direção da improcedência da peça vestibular, o traço distintivo que marca a análise sob o prisma do exame prévio de edital, qual seja, uma apreciação do caso in abstracto, sob um aspecto eminentemente objetivo, na qual apenas ilegalidade ou afronta flagrantes poderiam servir de fundamento para que se determinasse a alteração do texto convocatório. Nessa perspectiva, acolho as manifestações dos Órgãos da Casa e voto pela IMPROCEDÊNCIA da representação formulada por Atlanta Distribuidora de Petróleo Ltda., propondo a cassação da liminar inicialmente deferida, liberando o Instituto de Botânica a dar seguimento ao processo licitatório instaurado. Acolhido este entendimento pelo Plenário deste E. Tribunal, intimem-se representante e representada, na forma regimental.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



O Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso também já se manifestou no mesmo sentido, nos autos do Processo nº 125199, em que a empresa ora denunciante constou como representante:

No que tange à utilização de limitação do preço médio ANP, colaciono decisão recente do Tribunal de Contas da União, de Relatoria do Ministro José Mucio Monteiro proferida no Acórdão de Relação 2644/2018 – Plenário, vejamos:

1. Processo TC-034.434/2018-6 (REPRESENTAÇÃO)

[...]

1.7. Recomendar ao TST, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno/TCU, que em relação à contratação de serviços relativos a fornecimento de combustíveis, objeto do Pregão 87/2018, avalie a conveniência e oportunidade de:

[...]

1.7.2. adotar como valor base para a incidência do desconto ofertado pelos licitantes o preço médio mensal do combustível na região, publicado pela Agência Nacional de Petróleo – ANP;

Assim, entendo que a utilização do preço médio divulgado pela ANP, configura parâmetro adequado aos valores praticados no mercado, não havendo que se falar em enriquecimento sem causa.

Dessa forma, coaduno com a Equipe Técnica e com o Parquet de Contas, e entendo por julgar improcedente a Representação de Natureza Externa 15.887-9/2019, visto que não ficou configurada qualquer irregularidade. (destaque no original)

Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União, conforme ressaltado pela responsável em manifestação acostada aos autos, também já se pronunciou no Acórdão nº 45/2020:

Considerando que a representante alegou, em suma, os seguintes pontos:

(i) conforme previsto no subitem 7.28.4 do termo de referência, o valor para pagamento do combustível corresponde ao valor médio da tabela da Agência Nacional do Petróleo (ANP), o que acarretaria desequilíbrio contratual, ora a favor da contratada ora a favor da contratante;

[...]

(ii) em relação a um possível desequilíbrio contratual em razão da adoção do valor para pagamento do combustível corresponder ao valor médio da tabela da Agência Nacional do Petróleo (ANP), a posição da Administração, ao examinar o recurso administrativo da representante, não merece reparos, conforme transcrição abaixo:

“O primeiro pedido da impugnante é que seja utilizado como parâmetro de pagamento os valores cobrados diretamente na bomba de combustível (excluir média da ANP). Esta Administração optou por estabelecer como padrão de valores de combustíveis a média da ANP para tornar a licitação mais justa e competitiva. Com essa sistemática, são obtidos dois benefícios. O primeiro é que evita-se que sejam firmados contratos com valores abusivos, acima do valor de mercado. O segundo, e principal, é a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato. O processo administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro contratual é lento e não consegue acompanhar a oscilação do preço do

combustível, que acontece diariamente. Caso a contratação fosse por preço fixo, em poucas semanas o valor contratado já estaria abaixo do valor de mercado, causando prejuízos à contratada. Com a possibilidade de contratação de combustível com o critério maior desconto sobre a média da ANP, o contrato torna-se mais benéfico para a contratada a longo prazo, tendo em vista que em cada abastecimento será cobrado o valor real de mercado, com base no valor médio da ANP. Quanto ao argumento de que a contratada não terá controle sobre os valores praticados pela rede credenciada, este não tem fundamento. Caberá à contratada, ao credenciar os postos de combustíveis, deixá-los cientes dos requisitos do contrato e da sistemática de faturamento”;

(iii) ainda sobre a temática anterior, a Selog oportunamente acrescentou que “o pagamento do combustível pelo valor da bomba, como sugere a ora representante, pode ensejar a ocorrência de fraudes na execução do contrato, mormente pela dificuldade em fiscalizar os preços exatos no momento do abastecimento, ao passo que a média da ANP constitui um parâmetro confiável”;

Considerando as frequentes oscilações nos preços do combustível, esta Unidade Técnica entende que utilizar a tabela da ANP como parâmetro pode ser um método seguro com fins a evitar eventuais fraudes e a garantir o melhor preço para a Administração, sem que a contratada incorra em prejuízo, visto a prática da ANP em fazer um levantamento dos preços praticados no mercado mensalmente.

Consoante todos os entendimentos jurisprudenciais mencionados alhures, entende-se que o certame não incorreu em irregularidade quanto ao presente ponto.

2.1.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Item 4 da Cláusula VII, item 1.1 da Cláusula VIII e item 5.16 do Anexo I, todos do edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020

2.1.6 Critérios:

- Acórdão Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nº 02740902609, Item Voto, Colegiado Tribunal Pleno, de 2009;
- Acórdão Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso nº 125199, Item Decisão Singular, Colegiado Conselheira Jaqueline Maria Jacobsen Marques, de 2019;
- Acórdão Tribunal de Contas da União nº 45, Item Voto, Colegiado Plenário, de 2020.

2.1.7 Conclusão: improcedência

2.1.8 Dano ao erário: não há indício de dano ao erário

2.2 Apontamento:

Cobrança abusiva de multa

2.2.1 Alegações do denunciante:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



Segundo a denunciante, o edital é irregular no tocante à fixação do percentual de 30% (trinta por cento) para os casos de inexecução contratual, limite este acima do razoável e tolerado para contratos de prestação de serviços, além de permitir o enriquecimento sem causa da Administração.

Salienta que as multas devem ter como teto o valor total da taxa cobrada da Administração, seja esta positiva ou negativa.

2.2.2 Documentos/Informações apresentados:

Edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020

2.2.3 Período da ocorrência: 29/04/2020 em diante

2.2.4 Análise do apontamento:

Devidamente intimada, a responsável, por meio dos Procuradores municipais, aduz que não há determinação legal na Lei nº 8.666/93 que vincule os percentuais de multa à porcentagem fixada em legislação diversa, sendo ato discricionário da Administração.

Afirma, ainda, que o edital previu a possibilidade de que o percentual de multa seja reduzido, considerando-se as peculiaridades do caso concreto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e menor gravidade do fato, sendo, ainda, garantido à contratada o prévio e regular processo administrativo, no qual será exercido o contraditório e a ampla defesa.

Sobre a multa, o edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020 dispõe:

XV – DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

[...]

2 - Ficam estabelecidos os seguintes percentuais de multas, aplicáveis quando do descumprimento contratual:

[...]

II) 30% (trinta por cento) sobre o valor total da contratação, na hipótese da contratada injustificadamente desistir do contrato ou der causa a sua rescisão, bem como nos demais casos de descumprimento contratual, quando **o Município de Montes Claros, em face da menor gravidade do fato e mediante motivação da autoridade superior, poderá reduzir o percentual da multa a ser aplicada.** (destaque nosso)

[...]

XVII – DAS OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA

1 – Cumprir fielmente as exigências deste Edital, de modo que o objeto seja executado de acordo com o Anexo I – Termo de Referência, sob pena de multa de 30% (trinta por cento) do valor da contratação.

O Anexo I – Termo de Referência contém disposição no mesmo sentido:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



16 – DAS PENALIDADES

[...]

16.2 – Ficam estabelecidos os seguintes percentuais de multas, aplicáveis quando houver descumprimento contratual:

[...]

b) 30% (trinta por cento) sobre o valor total da contratação, na hipótese da Contratada injustificadamente desistir do contrato ou der causa a sua rescisão, bem como nos demais casos de descumprimento contratual, quando **o Município de Montes Claros, em face da menor gravidade do fato e mediante motivação da autoridade superior, poderá reduzir o percentual da multa a ser aplicada.** (destaque nosso)

As penalidades contratuais, dentre as quais inclui a multa, servem para proteger a Administração de eventuais prejuízos advindos de atraso ou de inadimplemento contratual e constituem uma forma de incutir certo temor ao particular para que este não falte com o cumprimento do encargo imposto em decorrência do ajuste firmado com a Administração.

A lei, conforme se pode verificar dos arts. 86 e 87 da Lei de Licitações, não estabelece um percentual para a fixação da sanção pecuniária em foco. Logo, cabe ao gestor definir o percentual, observado os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme orienta a jurisprudência do TCU:

9.2.3.13. em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estipule penalidades específicas e proporcionais à gravidade dos eventuais descumprimentos contratuais; (Acórdão 1453/2009 - Plenário)

1.6.10. em atenção ao disposto no art. 55, incisos VII, VIII e IX, da Lei nº 8.666/1993, preveja, tanto no edital quanto no respectivo contrato, situações claras para aplicação das penalidades, estabelecendo gradações entre as sanções de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser penalizada; (Acórdão 137/2010 - Primeira Câmara)

A doutrina apregoa que a fixação de percentuais entre 5% e 30% para a multa compensatória, a depender da conduta a ser sancionada, e de 0,02% e 0,5% para a multa moratória, atendem aos princípios e gradações acima referidos. Veja-se¹:

[...]

Como dito, a multa pode ser de natureza moratória ou compensatória. A multa moratória é aplicada em razão da mora, isto é, do atraso injustificado no cumprimento dos prazos estabelecidos para a execução e/ou entrega das obrigações contratuais. Essa multa é fixada tomando em conta o atraso no adimplemento da obrigação.

¹ Sanções administrativas - Multa - Percentual - Fixação. Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 231, p. 511, maio 2013, seção Perguntas e Respostas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



A multa compensatória tem por finalidade compensar a parte credora pelo dano que lhe é causado pela inadimplência ou infração do devedor. É fixada em função do dano presumido pelo descumprimento da avença.

De plano, salienta-se não haver critério legal estabelecendo os percentuais para a fixação, no instrumento convocatório, das multas moratória e compensatória. O percentual aplicável a cada caso deve decorrer de exame discricionário, observados os limites da razoabilidade e da prática de mercado.

Para determinar o percentual que será aplicado, a Administração deve considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a assegurar que as penalidades se destinem a sancionar o particular na justa medida dos prejuízos decorrentes de sua conduta.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo [“in” Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 50.

resume-se o princípio da proporcionalidade na direta adequação das medidas tomadas pela Administração às necessidades individuais em função de interesses coletivos, de interesses primários, na medida da estrita necessidade, não se desbordando do que seja realmente indispensável para a implementação da necessidade pública.

Em face do silêncio da Lei de Licitações na definição dos percentuais das multas, pode-se recorrer à teoria geral dos contratos para suprimir essa lacuna, na forma prevista em seu art. 54.

Nesse sentido, o Código Civil veda a fixação de multa em valor superior ao da obrigação principal (art. 412) e autoriza a redução equitativa da multa quando for desproporcional e excessiva (art. 413), sendo a observância dessas duas disciplinas aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 330677/RS.

Em termos práticos, a experiência tem conduzido à fixação de percentuais entre 5% e 30% para a multa compensatória, a depender da conduta a ser sancionada. Para a multa moratória, os percentuais mais adotados têm ficado entre 0,02% e 0,5%.

Quanto à base de cálculo, julga-se como proporcional e razoável a definição do valor total do contrato para a multa compensatória, e o valor da parcela inadimplida em atraso para a multa moratória.

Ademais, conforme trazido à baila pela responsável, o TCU já se manifestou sobre o tema em situação similar, nos autos do Acórdão nº 45/2020:

Considerando que a representante alegou, em suma, os seguintes pontos:

[...]

(iii) as multas previstas no subitem 20.2.2 do termo de referência são abusivas e desproporcionais, entendendo que o valor máximo da multa deveria se limitar à taxa de administração (1,5%) ;

[...]

(v) por fim, sobre uma possível desproporcionalidade na fixação das multas por descumprimento contratual, não há como prosperar a pretensão da representante de que o limite máximo das penalidades seja de 1,5%, correspondente à taxa de administração, uma vez que a previsão de multas, como constou no termo de referência, foi proporcional e estabelecida em limites mínimos e máximos



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



e em termos objetivos, a fim de apurar, em cada caso, a gravidade da infração cometida, sendo que tais multas possuem o condão de reprimir atitudes indesejadas do contratado;

Portanto, considerando tratar-se de multa compensatória, considerando a jurisprudência e doutrina sobre o tema e considerando que o edital prevê a possibilidade de que o percentual da multa seja reduzido de acordo com as peculiaridades do caso concreto, obedecido o contraditório e a ampla defesa, entende esta Unidade Técnica que não merece prosperar a irregularidade aduzida.

2.2.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Item 2 da Cláusula XV, item 1 da Cláusula XVII e item 16.2 do Anexo I, todos do edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020

2.2.6 Critérios:

- Acórdão Tribunal de Contas da União nº 1453, Item 9.2.3.13, Colegiado Plenário, de 2009;
- Acórdão Tribunal de Contas da União nº 137, Item 1.6.10, Colegiado Primeira Câmara, de 2010;
- Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC) - Sanções administrativas - Multa - Percentual - Fixação, 2013;
- Acórdão Tribunal de Contas da União nº 45, Item Voto, Colegiado Plenário, de 2020.

2.2.7 Conclusão: improcedência

2.2.8 Dano ao erário: não há indício de dano ao erário

2.3 Apontamento:

Ausência de cláusula de atualização do pagamento

2.3.1 Alegações do denunciante:

A denunciante aponta a ausência de atualização monetária para a hipótese de pagamento posterior à data do adimplemento contratual, conforme prevê a alínea “c” do inciso XIV do art. 40, e o inciso III do art. 55, ambos da Lei nº 8.666/93, o que não se confunde com o reajuste anual ou reequilíbrio econômico-financeiro, previstos na alínea “d” do inciso II do art. 65 da referida lei.

2.3.2 Documentos/Informações apresentados:

Edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020

2.3.3 Período da ocorrência: 29/04/2020 em diante



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



2.3.4 Análise do apontamento:

Em manifestação prévia, a pregoeira, por meio dos Procuradores municipais, alega que, após o Plano Real, não é mais cabível a previsão do critério de atualização financeira da alínea “c” do inciso XIV do art. 40 da Lei nº 8.666/93, mas somente a estipulação de correção monetária no caso de reajuste do valor do contrato com prazo de duração igual ou superior a um ano.

Já em relação à alínea “d” do mesmo dispositivo legal, informa que o TCU já reconheceu que se refere a atrasos do contratado na execução do objeto e não do pagamento a cargo da Administração.

Estabelece a Lei nº 8.666/93:

Art. 40. O edital conterá 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:

[...] 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;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais;

[...]

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;

Compulsando os autos, verifica-se da “Cláusula XIX – DAS CONDIÇÕES DE PAGAMENTO” que não há nenhuma referência à atualização monetária dos valores a serem pagos pela Administração, em caso de pagamento posterior à data do adimplemento contratual.

Mas, segundo o Tribunal de Contas da União, embora o critério de correção monetária deva estar previsto no ato convocatório, o atraso do pagamento por parte da Administração sujeita-a a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante correção monetária, independentemente de previsão no edital ou no contrato, a conferir:

O atraso de pagamento por parte do Poder Público sujeita-o a preservar o valor do crédito de sua contraparte, mediante correção monetária, segundo critérios previstos no ato convocatório (art. 5º, § 1º). Tal correção incidirá, conforme previsto no art. 7º, § 7º, desde a data final de cada período de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



aferição ate a do respectivo pagamento". [...] Averbese-se que a correção monetária e a simples variação numérica expressiva de um mesmo valor que permanece inalterado e tão-somente passa a ser expresso por números diferentes. [...] **Como sua justificativa obvia e impedir que o credor, por força da erosão da moeda, receba menos do que o efetivamente devido e, correlatamente, impedir que o inadimplente se enriqueça indevidamente, beneficiando-se da própria mora, o cabimento dela, em tal caso, independeria de previsão do edital ou do contrato.** [...] É claríssimo, pois, que enquanto existirem índices que oficialmente retratem o desgaste da moeda não há como fugir a correção monetária no caso de pagamentos em atraso [...] Pode-se dar o caso, ainda, de o contratado fazer jus a pagamentos decorrentes de reajustes ou de recomposições de preços, estas últimas as vezes denominadas revisões de preços. São figuras distintas entre si e completamente diversas da correção monetária. (Acórdão 474/2005 Plenário (Relatório do Ministro Relator) (destaque nosso)

No mesmo sentido, destaca-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que reconhece ser devida a correção monetária, por efeito *ex lege*, mesmo não havendo previsão no contrato, a conferir:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 884 E 886 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO. TERMO INICIAL – ART. 55, III, DA LEI 8.666/1993. [...] 3. **A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é cabível a correção monetária a partir do vencimento da obrigação, mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito.** Precedente. 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 1148397/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 02/12/2009) (destaque nosso)

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS DIRETORIA DE JURISPRUDÊNCIA, ASSUNTOS TÉCNICOS E PUBLICAÇÕES COORDENADORIA DE TAQUIGRAFIA / COORDENADORIA DE ACÓRDÃO 7 862880_04102012/GL/gl/MN PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – CONTRATOS – EMPREITADA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – OFENSA AOS ARTS. 128, 333, I, E 460 DO CPC – DESNECESSIDADE DE REFORMA – CORREÇÃO MONETÁRIA – VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO – AUSENTE PREVISÃO CONTRATUAL – TERMO INICIAL – ART. 55, III, DA LEI 8.666/1993 – PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL – INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS – TERMO A QUO DA INCIDÊNCIA DE JUROS – OBRIGAÇÃO ILÍQUIDA – ART. 960 DO CC/1916 – SÚMULA 83/STJ. [...] 3. O termo inicial da correção monetária, nos contratos administrativos, deve se dar nos moldes previstos no art. 55, III, da Lei 8.666/1993, ou seja, entre a data do adimplemento das obrigações – tanto da contratada (medição) como da contratante (vencimento de prazo sem pagamento) e a data do efetivo pagamento. 4. **A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é cabível a correção monetária a partir do vencimento da obrigação, mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito.** [...] 8. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 968.835/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009) (destaque nosso)

Nesse sentido, consta da ementa do Parecer GO-111, da Advocacia-Geral da União (disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:parecer:1996-05-16;gq-111>):



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



O pagamento tardio e sem atualização é pagamento incompleto e representa enriquecimento ilícito do devedor relapso.

Correção monetária não constitui um *plus* a exigir expressa previsão legal. É apenas recomposição do crédito corroído pela inflação.

Assim sendo, este Órgão Técnico entende ser uma impropriedade a ausência no instrumento convocatório e respectivos contratos de cláusulas contendo previsão de penalidades por atraso de pagamento por parte da Administração, em razão do disposto no inciso III do art. 55 da Lei nº 8.666/93. Todavia, entende também que a Administração tem o dever moral de indenizar todas as compras, obras e serviços que, executados de boa-fé, trouxeram-lhe algum proveito, mesmo que ausente previsão editalícia neste sentido, não ficando, portanto, a contratada no prejuízo.

Cumpra também informar a seguinte jurisprudência da Segunda Câmara desta Corte, referente ao Acórdão nº 862.880:

Nessa senda, valendo-me da jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça colacionada pela CAEL, entendo que decorre das normas que regem a Administração Pública a obrigatoriedade de se atualizar monetariamente os valores devidos por esta e pagos em atraso, independentemente de previsão expressa no edital e no contrato. De toda sorte, como o § 1º do art. 5º, o § 7º do art. 7º e o inciso III do art. 55, todos da Lei 8.666/93, estabelecem a obrigatoriedade de tal cláusula no edital e nos contratos da Administração, entendo que a ausência de sua previsão nesses instrumentos configura irregularidade formal que, a meu juízo, não justificaria por si só a suspensão liminar do certame ou a aplicação de multa. Isso porque essa falha não tem o condão de cercear a competitividade do procedimento licitatório, nem de gerar potencial prejuízo ao contratado na execução do contrato.

[...]

III – VOTO

Não obstante, com fulcro no inciso II do art. 275 do Regimento Interno, determino a intimação do Secretário

Municipal Adjunto de Gestão Administrativa e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação, recomendando que, em futuras licitações visando a aquisição de produtos de Tecnologia da Informação, observem o seguinte:

a) estabeleçam expressamente na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei 8.666/93

Diante do exposto, esta Unidade Técnica entende que a denúncia é improcedente, mas pode ser recomendado à Administração que, nos próximos certames, estabeleça na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei nº 8.666/93.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



2.3.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Cláusula XIX do Pregão Eletrônico nº 019/2020

2.3.6 Critérios:

- Acórdão Tribunal de Contas da União nº 474, Item II, Colegiado Plenário, de 2005;
- Acórdão Superior Tribunal de Justiça nº 1148397, Item Ementa, Colegiado Segunda Turma, de 2009;
- Acórdão Superior Tribunal de Justiça nº 968835, Item Ementa, Colegiado Segunda Turma, de 2009;
- Acórdão Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais nº 862880, Item Fundamentação, Colegiado Segunda Câmara, de 2012;
- Lei Federal nº 8666, de 1993, Artigo 5º, Parágrafo 1º, Artigo 7º, Parágrafo 7º, Artigo 40, Inciso XIV, Alínea “c”, Artigo 55, Inciso III.

2.3.7 Conclusão: improcedência

2.3.8 Dano ao erário: não há indício de dano ao erário

2.3.9 Medidas cabíveis:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Recomendações para melhoria de desempenho e de maior efetividade dos programas e políticas públicas

Descrição da medida:

Pode ser recomendado à Administração que, nos próximos certames, estabeleça na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei nº 8.666/93.

Responsável pela adoção da medida: Glennnda Santos Cardoso, Pregoeira e subscritora do edital retificado.

2.4 Apontamento:

Ausência do valor estimado

2.4.1 Alegações do denunciante:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



Por fim, a denunciante aduz, nos termos dos arts. 3º e 15 do Decreto Federal nº 10.024/19, a irregularidade do edital no que se refere à ausência de previsão do valor estimado da contratação.

Afirma, inclusive, que tal irregularidade inviabiliza o julgamento objetivo da habilitação das licitantes, que devem provar que possuem patrimônio líquido mínimo de 10% (dez por cento) sobre o valor estimado para a contratação.

2.4.2 Documentos/Informações apresentados:

Edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020

2.4.3 Período da ocorrência: 29/04/2020 em diante

2.4.4 Análise do apontamento:

Devidamente intimada, a responsável, por meio dos Procuradores municipais, afirma que houve a perda de objeto quanto ao presente apontamento, considerando que o edital foi retificado neste ponto, sendo o valor estimado de R\$ 3.487.641,49 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil, seiscentos e quarenta e um reais e quarenta e nove centavos), o que de fato se verifica dos autos em exame.

Todavia, o artigo 21, § 4º, da Lei nº 8.666/93, que se aplica subsidiariamente ao pregão, dispõe que ocorrendo qualquer modificação no edital deve haver nova divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afete a formulação das propostas.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

[...]

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Depreende-se que o legislador, ao criar esta obrigação de republicação do edital, estava atento aos princípios que regem as licitações, principalmente àqueles constantes do *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, quais sejam, o da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos demais que lhes são correlatos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



No caso concreto, considera-se que a previsão do valor estimado da contratação impacta diretamente nos valores a serem propostos pelos interessados, visto que estes tomarão por base o valor máximo admitido pela Administração.

Isso posto, verifica-se que, no primeiro momento, a publicação do edital havia se dado no Diário Oficial Eletrônico do Município de Montes Claros em 07/04/2020², com sessão da licitação para o dia 30/04/2020, 13 (treze) dias úteis depois da publicação (feriados: 10/04/2020 e 21/04/2020; pontos facultativos: 09/04/2020³ e 20/04/2020⁴).

Verifica-se que a retificação foi devidamente publicada no Diário Oficial Eletrônico do Município de Montes Claros de 29/04/2020⁵, tendo a sessão sido agendada para o dia 12/05/2020, ou seja, 08 (oito) dias úteis depois da publicação (feriado: dia 01/05/2020).

Vê-se, pois, que a republicação do edital se deu pela mesma forma que se deu o texto original, mas não se observou o prazo inicialmente estabelecido, o que era imprescindível, considerando tratar-se de alteração que afeta substancialmente a formulação das propostas.

Em sendo assim, conclui-se que a retificação do edital ensejava obrigatoriamente a observância do art. 21, §4º, da Lei nº 8.666/93, razão pela qual se entende pela irregularidade ante a falta de devolução de prazo idêntico aos licitantes para apresentarem novas propostas.

2.4.5 Objeto no qual foi identificado o apontamento:

Item 4.2 do Anexo I do edital do Pregão Eletrônico nº 019/2020

2.4.6 Critérios:

- Artigos 3º e 15 do Decreto Federal nº 10024/2019;
- Artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8666/1993.

2.4.7 Conclusão: improcedência quanto à ausência de valor estimado, mas foi apurada a irregularidade quanto à inobservância dos termos do § 4º do art. 21 da Lei de Licitações (falta de devolução do prazo inicialmente estabelecido).

2.4.8 Dano ao erário: não há indício de dano ao erário

2.4.9 Responsável:

- Nome completo: GLENNDA SANTOS CARDOSO
- CPF: 06807997612

² Disponível em <https://admin.montesclaros.mg.gov.br/upload/diario-oficial/files/edicoes/2020/abr-20/DiarioOficialEletronico07-04-20.pdf>

³ Disponível em <https://portal.montesclaros.mg.gov.br/decreto/com-numero/decreto-n-4018-06-de-abril-de-2020>

⁴ Disponível em <https://portal.montesclaros.mg.gov.br/decreto/decreto-n-4028-17-de-abril-de-2020>

⁵ Disponível em <https://admin.montesclaros.mg.gov.br/upload/diario-oficial/files/edicoes/2020/abr-20/DiarioOficialEletronico29-04-20.pdf>



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



- Qualificação: Pregoeira
- Conduta: Assinatura do aviso de publicação
- Nexo de causalidade entre a conduta e o apontamento: Ao republicar o edital sem observar os prazos inicialmente estabelecidos, a Administração deixou de observar o princípio da legalidade.
- Culpabilidade: É razoável afirmar que era possível à responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara.

2.4.10 Medidas cabíveis:

Entende esta Unidade Técnica que as constatações poderão ensejar, observado o devido processo legal, a adoção pelo Tribunal das seguintes medidas:

- Aplicação de multa de até 100% (cem por cento) de R\$ 58.826,89 (cinquenta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e nove centavos), por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (caput e inciso II do art. 85 da Lei Complementar Estadual nº 102/2008 c/c Portaria nº 16/Pres./16).

3 - CONCLUSÃO

Após a análise, esta Unidade Técnica manifesta-se:

✓ Pela improcedência da denúncia, no que se refere aos seguintes fatos:

- Limitação ao maior desconto oferecido pelas licitantes.
- Cobrança abusiva de multa.
- Ausência de cláusula de atualização do pagamento.
- Ausência de valor estimado.

✓ Indício de irregularidade no seguinte fato apurado por esta Unidade Técnica:

- Inobservância dos termos do § 4º do art. 21 da Lei de Licitações (falta de devolução do prazo inicialmente estabelecido).

4 - PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, propõe esta Unidade Técnica:

- a citação dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa, no prazo de até 15 (quinze) dias, tendo em vista os indícios de irregularidade apurados (caput do art. 307 do Regimento Interno do TCEMG);
- recomendar ao gestor público que, nos próximos editais:



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS
UNIDADE TCEMG: CFEL - COORD.DE FISC. DE EDITAIS
DE
LICITAÇÃO



- estabeleça na minuta do contrato, como cláusula necessária, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento, em atenção disposto no § 1º do art. 5º, no § 7º do art. 7º e no inciso III do art. 55, todos da Lei nº 8.666/93.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2020

João Luís Mindêllo Navarro
Analista de Controle Externo
Matrícula 31221