

EXMO. SR. DR. CONSELHEIRO GILBERTO DINIZ, DD. RELATOR DOS AUTOS Nº 1.088.851, DA 2ª CÂMARA DO EGREGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.



MONTES CLAROS

0006463211 / 2020

03/09/2020 12:50

TCEMG PROTOCOLADO 03/09/20 12:50 0006463211 MND 11

GLENDA SANTOS CARDOSO, pregoeira e subscritora do Edital do Pregão Eletrônico n.º 19/2020 – Processo Licitatório 55/2020, vêm perante Vossa Excelência, em atendimento ao respeitável despacho de fls. e ofício nº 11.464/2020, apresentar **DEFESA** nos autos da **DENÚNCIA Nº 1.088.851 COM PEDIDO DE SUSPENSÃO LIMINAR DO PROCESSO LICITATÓRIO – PREGÃO ELETRÔNICO N.º 19/2020**, formulada por **PRIME CONSULTORIA E ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA**, em trâmite nesta secretaria, pelos fatos e fundamentos fáticos e jurídicos que passam a expor:

1. SÍNTESE DA DENÚNCIA

Trata-se de denúncia formulada por Prime Consultoria e assessoria Empresarial LTDA, ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, por supostos vícios ocorridos no Processo Licitatório nº 055/2020, Pregão Eletrônico nº 19/2020, deflagrado pelo Município de Montes Claros-MG, cujo objeto com 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 DE MONTES CLAROS/MG.

Em síntese, a sociedade empresária denunciante manifesta que é ilegal ter o edital estabelecido que o valor das propostas e, conseqüentemente, o do contrato, terão como parâmetro limitador os preços médios da pesquisa da Agência Nacional do Petróleo – ANP, haja vista que tal determinação afrontaria o disposto no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

Alega possível desequilíbrio na execução contratual, ao dispor o edital que será utilizado o valor médio da tabela da ANP para pagamento quando este for menor que o preço à vista de bomba.

Aduz abusividade do edital em relação ao subitem 1 d capítulo XVII, pertinente às “Obrigações da Contratada”, e ao subitem 16.2 do Termo de Referência, em razão da fixação do percentual de 30% (trinta por cento) para cobrança de multas compensatórias, ou seja, multas oriundas da simples inexecução contratual, em limite acima do razoável e tolerado para o tipo de contratação almejada.

Sustenta que o edital é omissivo em relação à atualização do pagamento, na medida em que não contém cláusula disposta sobre a atualização monetária no caso de pagamento posterior à data do adimplemento contratual, conforme arts. 40 e 55 da Lei n.º

Cardoso

8.666, de 1993, que não se confundiria com reajuste anual ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, matérias afetas à alínea “d” do inciso II do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos.

Ao fim, alega a sociedade empresária que não há no edital o valor estimado de gastos para o objeto licitado, o que contrariaria o disposto nos arts. 3º e 15 do Decreto Federal n.º 10.024, de 2019, não havendo, portanto, parâmetro para o cálculo da taxa de administração.

Diante de tais fatos, o Colendo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais determinou a minha intimação, pregoeira Glenda Santos Cardoso, para que no prazo de 15 (quinze) dias, apresente defesa e/ou documentos acerca dos fatos apontados pela denunciante, bem como sobre os apontamentos lançados no relatório técnico e na oportunidade envie cópia dos documentos relativos à fase externa do certame, e ainda, apresentar informações e documentos sobre o número de participantes do referido pregão.

2. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando que a correspondência foi entregue no dia 26/08/2020, tem-se que o termo final para a apresentação da defesa findará no dia 17/09/2020.

3. DAS RAZÕES DE IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA

3.1. DO VALOR DO COMBUSTÍVEL COM BASE NOS PREÇOS MÉDIOS PRATICADOS PELA ANP

Em que pese as considerações coligidas aos autos pela denunciante, fato é que a Secretaria de Planejamento e Gestão, por meio do Gerente de Transportes/SEPLAG, o Sr. Lucas Pinheiro Gomes, manifestou-se prestando esclarecimentos às fls. 140 dos autos do processo, no sentido de que a fixação dos preços com base nos preços médios praticados pela ANP é medida salutar de controle de preços, tendo inclusive a empresa denunciante prestado o mesmo tipo de serviço ao Município no ano anterior (Pregão: 088/2015, Processo: 0046/2017), nos mesmos termos.

Ademais, o estabelecimento como padrão de valores de combustíveis a média da ANP tem como objetivo 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. Caberá à contratada, ao credenciar os postos de combustíveis,

deixá-los cientes dos requisitos do contrato e da sistemática de faturamento.

Ademais, 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.

Verifica-se por fim, que razão não haveria para a contratação de empresa administradora, caso o parâmetro de preço fosse o aplicado na bomba pelos postos de combustíveis, pois neste caso seria mais vantajoso a compra diretamente com os fornecedores.

3.2. DAS MULTAS APLICADAS

A respeito das alegações de que penalidades impostas ao contratado são abusivas, especificadamente a penalidade de multa e seus percentuais, dispõe a Lei 8.666/1993 o seguinte:

“Art.86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.”

“Art.87.Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

II- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;”

Verifica-se do texto da lei que não há determinação legal que vincule os percentuais de multa à porcentagem fixada em legislação diversa, seja pela execução do objeto em desacordo com o que determina o Termo de Referência, pela inexecução total ou parcial do contrato ou pelo atraso no cumprimento da obrigação contratual, sendo ato discricionário da Administração a fixação dos limites desses percentuais, os quais fará constar no instrumento convocatório ou no contrato, para que resulte protegido o interesse público.

Ademais, há possibilidade prevista no instrumento convocatório de que o percentual da multa aplicada seja reduzido considerando-se as peculiaridades do caso concreto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a menor gravidade do fato; sendo, ainda, garantido ao contratado o prévio e regular processo administrativo, no qual será exercido o contraditório e ampla defesa.

Sendo assim, verifica-se não haver ilegalidade na fixação de multa nos patamares previstos no edital.

Paulo

3.3. DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO PAGAMENTO

A sociedade empresária denunciante insurge-se ainda acerca da ausência de previsão de cláusula de remuneração por encargos financeiros no caso de atraso no pagamento ao contratado no edital.

Contudo, cabe ressaltar que, após o advento do 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 de contrato com prazo de duração igual ou superior a um ano (§8º, art. 65, Lei nº 8.666/93).

Já em relação a alínea “d” do art. 40 da Lei 8666/93, já reconheceu o TCU referir-se a atrasos do contratado na execução do objeto e não do pagamento a cargo da Administração, conforme colhe-se do aresto:

“12. Antes de nos pronunciarmos quanto ao fato de no Edital não constar artigo que contemple a matéria de que trata o inciso XIV, alínea ‘d’, do art. 40 da Lei nº 8.666/93, é necessário que esclareçamos o sentido desse dispositivo.

13. A mencionada alínea oferece dificuldade à interpretação em razão de não precisar o atraso ensejante das compensações financeiras e penalizações. Para Marçal Justen Filho, em seu Livro Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, tal atraso seria o de pagamento, uma vez que ao comentar a citada alínea utiliza como título Conseqüências para atraso ou antecipação do pagamento. Já Wolgran Junqueira Ferreira, no seu livro Licitações e Contratos na Administração Pública, ao comentar a mesma alínea, entende ser atraso da contratada no cumprimento de sua obrigação.

14. ... Se o atraso a ensejar as compensações financeiras e penalizações fosse o do pagamento da administração, estaríamos diante da presunção de inadimplência por parte do Poder Público, bem como na auto-aplicação de penalidades.

15. Ainda sob a égide do Decreto-lei nº 2.300, o Tribunal firmou entendimento no sentido de serem inadmissíveis a inclusão de cláusulas contratuais estipulando a aplicação de penalidades na própria administração (TC 575.062/90-8, Anexo VI da Ata 60/90- Plenário), tendo orientado a adoção de tal entendimento o parecer do Ministério Público, cujas passagens mais esclarecedoras transcrevemos a seguir: ‘A questão em debate nos autos pertine ao tema versado no dispositivo invocado pelo eminente Relator do feito (cf, DL n 2.300, art. 45 - VII) pelo qual se prevê nos contratos administrativos, como necessária cláusula que disponha sobre as responsabilidades das partes, penalidades e valor da multa. Força é convir que o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, com a estipulação em comento, pretende resguardar a União, aí incluídos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, de inadimplência da parte contratada, não se presumindo que fosse pressupor a própria inadimplência para prever a autopunição. PGE 080/2013 – Telefonia Móvel 102 de 135 Este é o sentido que se extrai do dispositivo em comento, exegese esta, aliás, não desabonada pelos comentadores do referido Estatuto. Sobressaem, ao propósito, as judiciosas considerações que expende Raul Armando Mendes, quando observa que tal cláusula ressalta mais as responsabilidades do contratado, uma vez que a Administração contrata com supremacia de poder, em vários aspectos, de sorte que, ao contratado, quando a Administração for a inadimplente, pouco mais lhe resta senão reclamar, judicialmente perdas e danos (in ‘Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos’, Ed. RT, 1988, p. 122). Procede, a nosso ver, essa colocação, desde que o legislador de 1986 (cf. DL n

Paulo

2.300), no Capítulo reservado às penalidades destina-as exclusivamente, ao contratado (cf. arts. 71 a 74 do Estatuto).

16. O advento do novo Estatuto das Licitações (Lei n. 8.666/93) não desautorizou o entendimento retrocitado, uma vez que a nova Lei não promoveu inovações que invalidassem os fundamentos que embasaram a Decisão. Assim, por exemplo, como na Lei anterior, a **Lei nº 8.666/93 quando trata das penalidades só as endereça aos contratados** (cf. art. 86 a 88). - Deste modo, consideramos falsa a afirmação do representante no sentido de inexistir previsão no edital quanto a compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos, haja vista que o edital, no art. 24, inciso II, ter previsto multa de 0,2% do valor do contrato, por dia útil de atraso injustificado no cumprimento dos prazos pactuados no mesmo." (TCU, Decisão nº. 622/96, Plenário, rel. Min. José Antônio Barreto Macedo, DOU de 15/10/96).

Na mesma senda, no que concerne à impossibilidade do edital e o contrato previrem punições contra a própria Administração colhem-se os julgados:

"(...) h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário). (...)" (TCU, Decisão 585/94, Plenário)

"(...) b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício nº 412/94, procedente da 8ª SECEX, que, de acordo com Decisão proferida no TC nº 011.273/94-1, relativo ao acompanhamento dos procedimentos PGE 080/2013 – Telefonia Móvel 103 de 135 licitatórios adotados pela(...), determinou à entidade o seguinte: "... b. não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o **art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos.**(...)" (TCU, Decisão 454/98, Plenário, grifamos)

Dessa forma, a lei permite o pagamento até 30 (trinta) dias após a prestação dos serviços, contudo, a legislação em vigor não autorizou compensações financeiras e penalizações para administração pública, uma vez que estaríamos diante da presunção de inadimplência por parte do Poder Público, bem como na auto-aplicação de penalidades.

O TCU já fixou tal entendimento por intermédio das Decisões nº 197/97 – Plenário e nº 585/94 – Plenário, a seguir:

Decisão nº 197/97 – Plenário "(...) **precaver-se, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, quanto à inclusão ou omissão de cláusulas que levem a situações economicamente lesivas à Administração, tais como a previsão de multas contra a própria Administração que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas**

gandose

propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais. (...)” Conforme salientou o Ministério Público, o pagamento de multas contratuais, por atraso em pagamentos, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o ato, despido de amparo legal, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...), resultante do somatório de diversas multas aplicadas na execução do contrato (...).” (grifos nossos)

Decisão nº 585/94 - Plenário “(...) h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário). (...)” (grifos nossos)

Entende-se, de tal forma, não ser viável a qualquer tipo de penalização moratória em face da Administração Pública, por não autorizar a lei que a Administração pressuponha a própria inadimplência e se penalize, de modo, que ao contratado, sendo que a Lei nº. 8.666/93 quando trata das penalidades só as endereça aos contratados e não ao próprio ente licitante, o qual, em caso de eventuais prejuízos oriundos de eventuais atrasos em pagamentos, cabe recorrer ao Poder Judiciário.

3.4. DA AUSÊNCIA DE VALOR ESTIMADO PARA CONTRATAÇÃO

A denunciante alega ao fim, acerca da ausência do valor estimado para contratação, alegando em síntese que, nos termos do Decreto Federal nº 10.024/2019 que rege o presente certame, estaria estabelecida a obrigatoriedade de informar o valor estimado para a contratação.

Contudo, verifica-se a perda do objeto de tal questionamento, uma vez que, após a impugnação do edital pela própria denunciante, tal argumento foi acolhido, determinando-se a retificação do instrumento convocatório, conforme se verifica no Anexo I – Termo de Referência, item 4.2, pg. 160 v., onde consta o valor estimado da contratação no montante de R\$ 3.487.641,49 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil reais e quarenta e nove centavos).

4. DA EMPRESA PARTICIPANTE DO CERTAME

Em atenção ao requerido no ofício nº 11.464/2020, informa-se que foi participante e vencedora do certame a empresa TRIVALE ADMINISTRACAO LTDA inscrita no CNPJ sob o nº 00.604.122/0001-97.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, considerando que não foram apontados vícios de legalidade no Processo Licitatório nº 55/2020 - Pregão Eletrônico nº 19/2020, e esclarecidas as questões

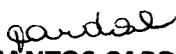
gandara

opostas pela licitante, resta claro que são manifestamente inverídicas e totalmente destituídas de quaisquer fundamentos fáticos e jurídicos as alegações apresentadas pela empresa denunciante.

Assim sendo, requer que Vossas Excelências se dignem julgar totalmente improcedente a referida denúncia, determinando o seu arquivamento.

Ressalta-se que a cópia digital com a fase externa do Processo Licitatório nº 55/2020 - Pregão Eletrônico nº 19/2020, com toda a documentação relativa ao processo, incluindo os atos de homologação e adjudicação subscritos pela autoridade competente, estão sendo anexado a esta.

Montes Claros/MG, 28 de agosto de 2020.


GLENDA SANTOS CARDOSO
Pregoeira