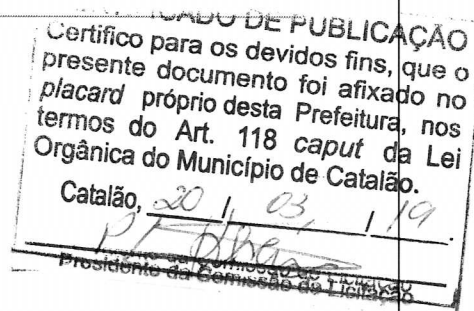


Parecer Jurídico nº. 086/2019.

Interessado: Secretaria Municipal de Transportes.
Referência: Pregão Presencial nº 002/2019 – ARP nº 008/2019.
Protocolo: 2019000313.



EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. DESISTÊNCIA. RESCISÃO DO REGISTRO DE PREÇOS, CASO HAJA, OU CONVOCAÇÃO DOS LICITANTES REMANESCENTES PARA NEGOCIAÇÃO E CONTRATAÇÃO. PENALIDADES. FUNDAMENTOS JURÍDICOS: ARTS. 64, § 2º e 87, da Lei nº 8.666/93 C/C 4º DA LEI 10.520/02, ART. 27 DO DECRETO FEDERAL 5.450/05 E ARTIGO 11 DO DECRETO FEDERAL 3.555/00.

1. RELATÓRIO

Vieram os autos conclusos à esta Procuradoria para exame e orientação acerca de seu aspecto jurídico formal em virtude da desistência dos itens após regular adjudicação e homologação, oriundo do Pregão Presencial nº 002/2019, realizado sob a forma do Sistema de Registro de Preços, firmado entre o Município de Catalão, por meio da Secretaria Municipal de Transportes e a empresa TATIANE XAVIER GONTIJO DE GODOI, com vistas à aquisição de gêneros alimentícios, produtos de higiene e limpeza e supermercado em geral para reativação da Cantina Municipal, para o período de 12 (doze) meses, conforme especificações do Termo de Referência.

Formalizado o Termo de Adjudicação e Homologação dos itens aos vencedores do certame, estes foram formalmente convocados à assinatura da Ata de Registro de Preços. Dessa forma, o Pregoeiro enviou a convocação via e-mail à empresa supradita no dia 22 de fevereiro de 2019 (sexta-feira), tendo o seu representante o prazo de cinco dias úteis contados da convocação para assinatura, encerrando-se no dia 01 de março de 2019.



Em sendo assim, decorrido tal prazo, a empresa vencedora permaneceu inerte, não tendo comparecido para assinatura da ARP, apenas se manifestando no dia 12 de março de 2019, via e-mail direcionado ao Pregoeiro, situação em que desistiu dos itens, bem como da Ata de Registro de Preços, com justificativa pautada em problemas estruturais da empresa.

Ato contínuo, os autos foram remetidos para análise e parecer deste Órgão Jurídico.

É o sucinto relato, passo à apreciação jurídica.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, como se aduz do arcabouço constitucional, notadamente em seu artigo 37, XXI, via de regra a licitação deverá preceder toda e qualquer contratação pretendida pela Administração Pública, sempre assegurada a igualdade de participação e ampla concorrência entre os interessados.

Por sua vez, satisfeitas às fases do processo licitatório, a contratação efetivar-se-á por meio da celebração do contrato administrativo, em que restará ajustado o acordo de vontades entre o Poder Público e particulares, bem como as obrigações mútuas, em conformidade com o art. 2º, § único, da Lei 8.666/93. Por assim ser, constitui obrigação do Órgão Público acompanhar e fiscalizar a adimplência de seus contratos nos exatos moldes do acordo firmado entre as partes e sobrevindo descumprimento parcial ou total, caberá àquele tomar as providências legalmente cabíveis, como a rescisão contratual e/ou aplicação de penalidades, conforme reza o art. 66 e 67 da já citada lei.

Desta feita, a Lei Geral de Licitações e Contratos sobre o regime de sanções em decorrência do descumprimento contratual dispõe o que se transcreve abaixo:

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

I - Advertência;

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

III - Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

§ 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente.

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.
(Destaquei)

Inobstante a legislação pertinente, há que se destacar a existência da Lei 10.520/02 criada para regulamentar a modalidade de licitação designada Pregão, em que cuidou de contemplar normas específicas sobre o assunto, razão por que a Lei Geral de Licitações e Contratos apenas incidirá de modo subsidiário¹, quer dizer, nas situações em que a norma específica for omissa ao caso concreto.

Destarte, quanto ao Pregão, modalidade escolhida para realização do processo licitatório em análise, deve-se observar os ditames elencados na Lei 10.520/2002, em razão da sua especificidade. Nesse caso, o art. 7º da multicitada lei prevê as sanções cabíveis em caso de inexecução total ou parcial do termo inaugural:

Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto,

¹ Lei 10.520/2002: Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Empreendendo interpretação sistêmica, percebe-se que o legislador disciplinou três medidas sancionatórias cabíveis quando praticada alguma das faltas ensejadoras da aplicação da penalidade. Assim, se comparado as duas normas transcritas é clarividente a diferença entre elas, isto é, as sanções discriminadas na Lei 8.666/93 diferem das previstas na lei especial do pregão.

Demais disso, quer deixar claro que a norma regulamentadora do regime dos pregões deveria prevalecer ao caso aqui examinado, vez que como existe norma própria a disciplinar a matéria não há que se falar em aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93 pertinente às penalidades. No entanto, ao examinar detidamente a minuta da Ata de Registro de Preços, percebo que nela há previsão da aplicação das medidas sancionatórias prevista na lei 8.666/93, nada constando sobre a lei 10.520/02 ora comentada.

Diante de tais considerações, havendo conflitos entre as normas, aplicar-se-á a disposta no Instrumento Convocatório. Explico: caso haja divergência de posicionamento entre qual norma adotar para aplicação das medidas punitivas cabíveis, oriento que prevaleça o regime sancionatório previsto no Edital e seus anexos (Termo de Referência, Ata de Registro de Preços/Contrato). Nessa situação concreta, como já destacado alhures, em casos de descumprimento das obrigações assumidas a licitante sujeitar-se-á às penalidades previstas na Lei Geral de Licitações e Contratos, em concordância com o disposto na cláusula 16.1.2 e 16.4 do Edital e cláusulas 9ª e 11ª da minuta da Ata de Registro de Preços.

Diga-se, ademais, que tendo sido a licitante regularmente convocada para assinar a ARP, mas não o fazendo, a situação concreta parece-me se amoldar na previsão do art. 64, § 2º, da Lei 8.666/93:

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.

No mesmo sentido prevê a minuta da ARP, oriunda do Pregão Presencial nº 002/2019, em sua cláusula 9.1, 9.1.1 e 9.1.1.1:

"9.1. A Ata de Registro de Preço poderá ser rescindida de pleno direito:

9.1.1. Pelo Município de Catalão independentemente de interpelação judicial, precedido de processo administrativo com ampla defesa, quando:

9.1.1.2. A Detentora não formalizar Ata de Registro de Preços decorrente ou não retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido, sem justificativa aceita pelo Município de Catalão;"

Tangente ao disposto ora transcrito, havendo a rescisão deverá os demais colocados serem chamados para, caso queiram, assumirem a contratação, nas mesmas condições da proposta da empresa vencedora quando da formalização do contrato administrativo, segundo orientações da lei nº 8.666/93, **caso haja ARP já formalizada para com o licitante vencedor-desistente.**

Nessa senda, cumpre memorar que as penalidades deverão ser aplicadas com cautela, observado a sua compatibilidade com a gravidade da falta cometida pela licitante.

Dito de outro modo, ao dar aplicabilidade à penalidade deverá ser instaurado procedimento administrativo adequado, assegurado o direito de defesa da empresa desidiosa, atento à proporcionalidade sancionatória oriunda dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Em tal caso, impende ressaltar que a alegação da empresa pela desistência dos itens à ela adjudicados em razão de problemas estruturais de sua empresa e posterior encerramento de sua atividade empresária, não é suficiente para afastar a penalidade decorrente de sua desistência, haja vista que entende-se ser essa situação previsível pela licitante ao tempo de sua participação no certame, sendo, portanto, de sua responsabilidade os encargos daí decorrentes, a não ser que tivesse apresentado justificativa plausível, o que não é o caso dos autos.

Ademais, se o Gestor concluir que as medidas previstas na lei são gravosas e, portanto, desproporcionais à conduta praticada, deverá se atentar aos percentuais e condições adequados reverberados no Edital e seus anexos, podendo ser aplicada isolada ou cumulativamente. Sob essa ótica, dispõe a minuta da Ata de Registro de Preços nº 008/2019 em sua cláusula 11ª:

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA - DAS PENALIDADES:

11.1. Sem prejuízo da cobrança de perdas e danos, o Município de Catalão poderá sujeitar a Detentora/Contratada às penalidades seguintes:

a) Suspensão do direito de licitar e contratar com a Administração direta e indireta do Município de Catalão - GO, pelo prazo de até 2 (dois) anos (art. 87 III, da Lei 8.666/93), em função da natureza e da gravidade da falta cometida ou enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição à pessoa física ou jurídica que praticar quaisquer atos previstos no art. 7º da Lei nº 10.520/2002;

b) Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública, considerando, para tanto, reincidência de faltas, sua natureza e gravidade. O ato da declaração de inidoneidade será proferido por Autoridade Superior na esfera municipal, mediante publicação no Diário Oficial do Estado.

11.2. Pelo atraso injustificado na execução do ajuste, a Detentora/Contratada incorrerá em multa diária de 0,1% (um décimo por cento) sobre o valor ajustado, excluída, quando for o caso, a parcela correspondente aos impostos incidentes, se destacados em documento fiscal.

11.3. Pela inexecução total ou parcial do ajuste a multa será de 10% (dez por cento) sobre o valor da obrigação não cumprida.

11.4. A aplicação das multas independe de qualquer interpelação judicial, precedida de processo administrativo com ampla defesa, sendo exigível desde a data do ato, fato ou omissão que lhe tiver dado causa.

11.5. As multas e penalidades serão aplicadas sem prejuízo das sanções cíveis ou penais cabíveis.

11.6. A Detentora/Contratada será notificada, por escrito para recolhimento da multa aplicada, o que deverá ocorrer no prazo de 10 (dez) dias úteis dessa notificação. Se não ocorrer o recolhimento da multa no prazo fixado, o seu valor será deduzido das faturas remanescentes.

11.7. A recusa injustificada da adjudicatária em assinar a Ata de Registro de Preços, aceitar ou retirar o instrumento equivalente dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, podendo a Administração aplicar as penalidades cabíveis.

11.8. Pelo descumprimento das obrigações assumidas a licitante estará sujeita às penalidades previstas na Lei nº 8.666/93.

No caso em tela, resta justificado e comprovado nos autos a não formalização da Ata de Registro de Preços, bem como o não cumprimento das obrigações assumidas. Sendo assim, com supedâneo no aparato legal retro mencionado, a Administração poderá proceder com o cancelamento de eventual homologação e adjudicação do certame em relação à Desistente, reabrindo a negociação para com os demais, na ordem de classificação, para posterior habilitação e nova adjudicação e homologação.

A situação aqui se mostra peculiar. Ora, não há Ata de Registro de Preços formalizada para com a Desistente, que se negara a tanto, tampouco contrato dela decorrente a justificar impor à Administração a conduta de cancelar registro de preços não efetivado e convocar licitante subsequente nas mesmas condições da Desistente.

Ao caso, o que deve prevalecer, a nosso juízo, são as disposições da Lei Federal nº 10.520/02, Decreto Federal 5.450/05 e Decreto Federal 3.555/00, que pregam a obrigatoriedade de:

- LEI FEDERAL 10.520/02:

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XXII – homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII – se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

(...)

XVI – se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subseqüentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

- DECRETO FEDERAL 5.450/05:

Art. 27. (...)

§ 3º O vencedor da licitação que não fizer a comprovação referida no § 2º ou quando, injustificadamente, recusar-se a assinar o contrato ou a ata de registro de preços, poderá ser convocado outro licitante, desde que respeitada a ordem de classificação, para, após comprovados os requisitos habilitatórios e feita a negociação, assinar o contrato ou a ata de registro de preços, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

- DECRETO FEDERAL 3.555/00:

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XXII – quando o proponente vencedor não apresentar situação regular, no ato da assinatura do contrato, será convocado outro licitante, observada a ordem de classificação, para celebrar o contrato, e assim sucessivamente, sem prejuízo da aplicação das sanções cabíveis, observado o disposto nos incisos XV e XVI deste artigo;

Exatamente em tal sentido são as disposições do Instrumento Convocatório, ao determinar, no item 15.3 que:

15. DA FORMALIZAÇÃO, VIGÊNCIA, RESCISÃO E PUBLICIDADE DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS:

15.1. A Ata de Registro de Preços deverá ser assinada por representante legal, diretor ou sócio da empresa.

15.2. O prazo para assinatura da Ata de Registro de Preço será ao final da própria sessão de abertura e julgamento ou em até 05 (cinco) dias úteis, contados do recebimento da convocação, podendo ser prorrogado uma vez, desde que solicitado por escrito, antes do término do prazo previsto, e com exposição de motivo justo que poderá ou não ser aceito pelo Município de Catalão.

15.3. A vencedora que convocada para assinar a Ata de Registro de Preço deixar de fazê-lo no prazo fixado dela será excluída.

Finalmente, deduz-se pela possibilidade do prosseguimento do feito em relação à Desistente, faltosa, com a revogação da adjudicação e homologação em relação a esta e posterior aplicação de penalidades, com a consequente convocação dos

remanescentes para negociação, habilitação, homologação e adjudicação, registro de preços e contrato.

3. CONCLUSÃO

Ante todo exposto, sob a ótica da Lei nº 8.666/93, oriento pelo cancelamento do registro de preços em relação à empresa TATIANE XAVIER GONTIJO DE GODOI, CNPJ 29.573.676/0001-56 e, por conseguinte, a aplicação das medidas sancionatórias cabíveis, assegurado o devido processo legal e as garantias de defesa, procedendo-se, por fim, a convocação dos demais colocados para assumirem a contratação preliminar, desde que obedecidas as legislações aplicáveis à espécie, nas mesmas condições daquela, **desde que já exista Ata de Registro de Preços formalizada.**

Além disso, oriento que:

- a. Elabore o termo de rescisão;
- b. Proceda-se o Órgão Gerenciador ao CANCELAMENTO do registro de preços do fornecedor, devendo publicar no placar da Prefeitura e no site do Município; bem como convocar os demais colocados para, havendo interesse, integrem o registro de preços;
- c. Publique o extrato do termo de rescisão no site do Município, no placar da Prefeitura e registrá-lo no TCM/GO;
- d. Se aplicada alguma penalidade, proceder a notificação do contratado para, caso queira, apresentar recurso administrativo, conforme disposto no art. 109, I, alíneas “e” e “f”, da Lei nº 8.666/93, no prazo de 05 (cinco) dias úteis contados da intimação;
- e. Interposto e admitido o recurso, submeter a C.P.L. à apreciação da Autoridade Competente responsável pela aplicação da penalização. Logo, não havendo reconsideração da decisão, compete à autoridade prolatora da decisão o encaminhamento do recurso à Autoridade Superior;

- f. Após análise do recurso, no prazo de 5 dias úteis, havendo reconsideração, o recurso interposto estará prejudicado. Não havendo reconsideração, ao ter conhecimento do recurso, a Autoridade Superior deverá, no prazo de 5 dias úteis, proferir decisão de forma fundamentada, negando ou acolhendo o recurso;
- g. Exarada a decisão da Autoridade Superior, o contratado será notificado da decisão por meio de ofício da CPL;
- h. Após o exaurimento da fase recursal, a aplicação da sanção será formalizada pela C.P.L, a qual providenciará a publicação no Diário Oficial da União, Diário Oficial do Estado de Goiás, Jornal de Grande Circulação no Estado, no site do Município e no placar do prédio da Prefeitura e demais meios de comunicação disponíveis;
- i. Por fim, encaminhe o feito ao Departamento de Controle Interno.

Caso a situação dos autos seja diversa ao que disposto nas linhas anteriores, ou seja, **inexistindo Ata de Registro de Preços** formalizada em relação à desistente, que seja aplicada as disposições da Lei Federal nº 10.520/02 (art. 4º, incisos XXII, XXIII e XVI), Decreto Federal 5.450/05 (art. 27, §3º), no que couber, e Decreto Federal 3.555/00 (art. 11, inciso XXII) e item 15.3 do Instrumento Convocatório, mediante a exclusão, revogação de homologação e adjudicação em relação à desistente, abertura da fase de negociação com os demais licitantes, em ordem de classificação, para posterior declaração de novo vencedor e nova convocação para assinatura da Ata de Registro de Preços, sem prejuízo de eventuais penalidades à empresa Desistente.

Nos limites estreitos de discricionariedade administrativa do Gestor, considerando a necessidade e urgência da demanda, detém a opção de promover o cancelamento dos itens do certame abarcados pela desistência da Contratada, promovendo novo processo licitatório para os respectivos itens, acaso julgada insatisfatórias as medidas alhures destacadas, mediante justificativa plausível. Repisa-se que esta opção somente se mostra viável quando as soluções específicas dadas pela

legislação especial atinente (Lei Federal nº 10.520/02, art. 4º, incisos XXII, XXIII e XVI, Decreto Federal 5.450/05, art. 27, §3º, no que couber, e Decreto Federal 3.555/00, art. 11, inciso XXII e item 15.3 do Instrumento Convocatório) não se mostrarem adequadas à solução da contratação objeto do certame, dado que a medida apontada pela Lei Geral de Licitações aplica-se supletivamente ao caso.

Encaminha-se os presentes autos à C.P.L. para ulteriores deliberações.

É o parecer.

Catalão, 19 de março de 2019.



Henrique Pereira Santana
Procurador-Chefe Administrativo
OAB/GO nº44.168