

PARECER JURÍDICO N.º 733/2021.

Interessado: Secretaria Municipal de Promoção e Ação Social de Catalão/Fundo Municipal de Assistência Social de Catalão - FMAS.

Referência: Pregão Presencial n.º 010/2021 – ARP n.º 015/2021.

Protocolo: 2021013928.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÕES E CONTRATOS. DESCUMPRIMENTO. RESCISÃO DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. PENALIDADES. CONVOCAÇÃO DO REMANESCENTE. Fundamento jurídico: arts. 64, § 2º e 87, da Lei n.º 8.666/93.

1. RELATÓRIO

Vieram os autos conclusos à esta Procuradoria para exame e orientação acerca de seu aspecto jurídico formal em virtude da inexecução contratual, oriundo do Pregão Presencial n.º 010/2021, realizado sob a forma do Sistema de Registro de Preços, firmado entre a Secretaria Municipal de Promoção e Ação Social de Catalão, por meio do Fundo Municipal de Assistência Social de Catalão - FMAS e a empresa PRD Comércio Serviços e Distribuição Ltda., com vistas à aquisição de cestas básicas alimentícias para atender às necessidades da Secretaria Municipal de Promoção e Ação Social de Catalão através do Fundo Municipal de Assistência Social de Catalão – FMAS e da Fundação das Legionárias do Bem-Estar Social de Catalão - FLBES para o período de 12(doze) meses, conforme especificações da Ata de Registro de Preços n.º 015/2021.

Nada obstante, a empresa contratada, PRD Comércio Serviços e Distribuição Ltda., apresentou, aos dias 21 de maio de 2021, via protocolo administrativo (2021013928), Pedido de Desistência da ARP 015/2021, decorrente do Pregão Presencial n.º 010/2021, sob o argumento de que, com a alta dos preços dos itens componentes da cesta básica, e com indeferimento do realinhamento de preço proposta pela empresa, tornou-se inviável a

continuidade do contrato, pois o preço ofertado não é suficiente para atender todos os custos operacionais da empresa.

Diante disso, a Secretária Municipal de Promoção e Ação Social e Gestora do Fundo Municipal de Assistência Social de Catação - FMAS, ao fazer uso de suas atribuições legais, encaminhou despacho de solicitação a este Núcleo Jurídico para prosseguimento no processo de penalidade da contratada.

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

É o sucinto relato, passo à apreciação jurídica.

2. FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, consoante 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, a 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:

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.



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, 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 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 3ª e 11ª.

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.

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.

Além disso, há interesse em passar a convocação do segundo colocado para assumir as obrigações inicialmente celebradas com a empresa penalizada e, conseqüentemente, proceder-se a rescisão da Ata de Registro de Preços, em virtude da omissão injustificada em relação ao fornecimento do item formalmente solicitado por meio da Ordem de Fornecimento via e-mail.

Nesta ocorrência, fala-se em rescisão da Ata de Registro de Preços vez que não houve a celebração contratual em razão do valor irrisório da contratação, tendo sido essa, portanto, efetivada por meio da Nota de Empenho, consoante anexo ao processo.

Sob essa ótica, prevê a ARP nº 015/2021, oriunda do Pregão Presencial nº 010/2021, em sua cláusula 9.1, 9.1.1, 9.1.1.1., 9.1.1.2, 9.1.1.5, 9.2 e 9.4 :

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

9.1.1. Pela Secretaria Municipal independentemente de interpelação judicial, precedido de processo administrativo com ampla defesa, quando:

9.1.1.1. A Detentora não cumprir as obrigações constantes da Ata de Registro de Preços;



9.1.1.4. Em qualquer das hipóteses de inexecução total ou parcial da Ata de Registro de Preços;

[...]

9.2. Pela Detentora quando:

[...]

9.4. A inexecução total ou parcial das obrigações pactuadas na presente Ata de Registro de Preços enseja a rescisão do objeto, unilateralmente pela Secretaria Municipal, ou bilateralmente, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou no Ato Convocatório, mediante formalização e assegurados o contraditório e ampla defesa, com fundamento nos arts. 77 e 78 da Lei 8.666/93, contudo, sempre atendida à conveniência administrativa.

No caso em tela, resta comprovado nos autos o não cumprimento da obrigação celebrada na Ata de Registro de Preços, bem como na fase contratual, em razão do descumprimento do prazo de entrega do objeto quando da Ordem de Fornecimento expedida pelo contratante, assim como pelo não fornecimento do produto solicitado. Sendo assim, com supedâneo no aparato legal retro mencionado, a Administração poderá rescindir unilateralmente a Ata em apreço.

Imperioso frisar o que o Decreto Municipal nº 852/2017 trata acerca do cancelamento do registro de preços:

CAPÍTULO VI

CANCELAMENTO DO REGISTRO DE PREÇOS

Art. 19 - O Órgão Gerenciador poderá cancelar o registro de preços do fornecedor observados o contraditório e a ampla defesa, nos seguintes casos:

I - pelo descumprimento parcial ou total, por parte do fornecedor, das condições da ARP;

II - quando o fornecedor não atender à convocação para firmar as obrigações contratuais decorrentes do Registro de Preços, não retirar ou não aceitar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pelo Órgão Gestor;

III - nas hipóteses de inexecução parcial ou total do contrato decorrente da ARP;

IV - nas hipóteses dos preços registrados se tornarem superiores àqueles praticados no mercado e o fornecedor se recusar a adequá-los na forma prevista no edital e na Ata de Registro de Preços;

V - por razões de interesse público;

VI - quando o fornecedor for suspenso ou impedido de licitar e contratar com a Administração Municipal;

VII - quando o fornecedor for declarado inidôneo para licitar ou contratar com a Administração Pública;

VIII - amigavelmente, nos termos do art. 79, inciso II, da Lei nº 8.666/93;

IX - por ordem judicial.

§ 1º - O fornecedor poderá solicitar o cancelamento do seu preço registrado na ocorrência de fato superveniente decorrente de caso fortuito ou de força maior, devidamente comprovados, bem como nas hipóteses compreendidas na legislação aplicável a que venham comprometer o fornecimento do bem ou prestação do serviço, excluída a alegação de elevação dos preços de mercado.

§ 2º - A solicitação do fornecedor para cancelamento do seu Registro de Preço deverá ser formulada por escrito, assegurando-se o fornecimento do bem registrado ou da prestação do serviço, por prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias, contado a partir da comprovação do recebimento da solicitação do cancelamento, salvo na hipótese da impossibilidade de seu cumprimento, devidamente justificada e aprovada pelo Órgão Gerenciador.

§ 3º - A notificação para o cancelamento do preço registrado será enviada diretamente ao fornecedor por ofício, correspondência eletrônica ou por outro meio eficaz, e no caso da ausência do recebimento, a notificação será publicada no Diário Oficial do Município ou outro meio legal de publicação.

§ 4º - O cancelamento da ARP não afasta a possibilidade de aplicação de sanções, observadas as competências previstas no Arts. 3º, 4º e 5º deste Decreto.



Art. 20 - O cancelamento do registro de preços poderá ocorrer por fato superveniente, decorrente de caso fortuito ou força maior, que prejudique o cumprimento da ata, devidamente comprovados e justificados:

I - por razão de interesse público; ou

II - a pedido do fornecedor.

Dessa forma, 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 orienta a lei nº 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.

Embora a literalidade da letra da lei nada mencione acerca da hipótese de o licitante assinar o contrato, mas não o executar, entende-se que a fundamentação supracitada poderá ser aplicada analogicamente em tal situação. Aliás, é este o posicionamento da Egrégia Corte de Contas ao se pronunciar sobre o tema:

O comando contido no art. 64, § 2º, da Lei 8.666/1993 pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, observada a ordem de classificação, quando a empresa vencedora do certame assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições

D

propostas pelo primeiro classificado. (Acórdão 2737 – Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo. Sessão 26/10/2016)

Finalmente, deduz-se pela possibilidade do prosseguimento do feito em relação à rescisão da ARP para a empresa faltosa e posterior aplicação de penalidades e convocação do 2º colocado.

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 PRD Comércio Serviços e Distribuição Ltda., CNPJ 37.320.977/0001-04 e, por conseguinte, à aplicação das medidas sancionatórias cabíveis, assegurado o devido processo legal e as garantias de defesa, procedendo-se, por fim, à convocação dos demais colocados, observado a ordem de classificação, para assumirem a contratação preliminar, desde que obedecidas as legislações aplicáveis à espécie.

Além disso, oriento que:

- a. Solicite ao Departamento de Contabilidade a anulação das notas de empenho posterior a data de rescisão;
- b. Elabore o termo de rescisão;
- c. Proceda 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;
- d. Publique o extrato do termo de rescisão no site do Município, no placar da Prefeitura e registrá-lo no TCM/GO;
- e. Se aplicada alguma penalidade, proceder a notificação da contratada 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;

- f. 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;
- g. 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;
- h. Exarada a decisão da Autoridade Superior, a contratada será notificada da decisão por meio de ofício da CPL;
- i. 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;
- j. Por fim, encaminhe o feito ao Departamento de Controle Interno.

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

É o parecer. S.M.J.

Catalão (GO) aos, 21 de maio de 2021.


João Paulo de Oliveira Marra
Procurador-Chefe Administrativo
OAB/GO n° 35.133