

RESPOSTA RECURSO ADMINISTRATIVO

Referência: Determinação de rescisão de Ata de Registro de Preços – Aplicação de sanção
Pregão Eletrônico N.º PMC/001/2021 – Registro de Preços N.º 019/2021

Empresa: **ADOVANDRO LUIZ FRAPORTI.**

Objeto: Registro de Preço para futura e eventual contratação de microempresas e/ou empresas de pequeno porte e/ou equiparadas na forma da Lei LC 123/2006, **com exceção do item nº 20, 36, 37, 61, 62, 63, 64, 65, 72, 73, 74, 75, 79, 125 e 135, que serão abertos para ampla competitividade**, para o **Fornecimento de Materiais Médico-Hospitalares e equipamentos**, a fim de atender as demandas das unidades de Saúde do Município e nas ações de enfrentamento da pandemia de doença infecciosa viral respiratória causada pelo agente coronavírus, a fim de estruturar e traçar estratégias de prevenção ao contágio da covid-19 e outras, de forma parcelada, conforme o termo de referência).

I. DA SÍNTESE DOS FATOS OCORRIDOS

1. O Município de São João da Ponte e a empresa recorrente assinaram a ata de registro de preços no dia 18/02/2021, com o valor total de **R\$19.830,00 (dezenove mil oitocentos e trinta reais)**, sendo adjudicados os seguintes itens:

- a) 20 (vinte) unidades de maca hospitalar, com o valor unitário de **R\$497,00 (quatrocentos e noventa e sete reais);**
- b) 10 (dez) unidades de mesa ginecológica, com o valor unitário de **R\$989,00 (novecentos e oitenta e nove reais).**

2. No dia 29/07/2021 a recorrente recebeu a Ordem de Compra nº 150817, quando foi solicitado da empresa o fornecimento de 02 (duas) unidades de mesa ginecologia, com o valor de **R\$ 1.978,00 (um mil novecentos e setenta e oito reais).**

3. Após a emissão da Ordem de Compra e, diante a inércia da empresa na entrega do item, a empresa foi notificada duas vezes pelo Departamento de Compras, sendo a primeira notificação realizada no dia 04/11/2021 e a segunda notificação no dia 16/11/2021.



4. Após a segunda notificação, a empresa apresentou argumentações, justificando o atraso da entrega dos itens e assumindo o compromisso de entregar o referido item até o dia 30/11/2021. Temos que tais argumentações foram acatadas pela Administração e esperou-se o fornecimento dos itens até a data marcada pela própria empresa.

5. No dia 08/12/2021, a empresa foi novamente notificada pela Administração, pois até aquela data, a empresa se manteve inerte em relação ao cumprimento dos termos contratados. Na ocasião, foi determinado pela Administração um prazo de 05 (cinco) dias úteis a contar da ciência da notificação e aplicação de multa, tendo como data base o dia 30/11/2021.

6. No dia 11/01/2022, a Administração notificou a empresa, dando ciência da rescisão unilateral do contrato e aplicando as sanções previstas nos termos da Ata de Registro de Preço. Cabe destacar que, até esta data, não houve manifestação por parte da empresa em relação à entrega dos itens solicitados.

7. No dia 24/01/2022 foi protocolizado junto à Administração um recurso administrativo contra o ato promovido pela Administração dando por rescindida Ata de Registro de Preços e aplicação de multa no valor de **R\$ 598,27 (quinhentos e noventa e oito reais e vinte e sete centavos)** além de suspensão do direito de contratar com o Município de São João da Ponte/MG, que passamos a rechaçar os termos apresentados

II. DOS TERMOS DO RECURSO APRESENTADO

9. Para fins melhor elucidar, trazemos abaixo as principais alegações da empresa em seu extenso recurso:

“(…)

Destaca-se que ainda em sede de defesa prévia a empresa informou as razões do atraso e invocou a razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das medias a serem impostas pela Administração Pública.

*Quando da fixação de penalidade, ciente a empresa da possibilidade de imposição das penas conferidas na legislação, contudo é importante seja dada a devida apreciação do Estado no que tange aos critério de **proporcionalidade** da aplicação das penalidades.*

II - DA ANÁLISE DO MÉRITO PROPRIAMENTE DITO

“(…)

Não raras vezes nos deparamos com previsões editalícias nas quais a Administração, no afã de buscar “impossibilitar o descumprimento contratual”, havia previsto multas em valor elevado, tornando tais previsões absolutamente abusivas, desproporcionais e, portanto, ilegais.

“(…)



Como se vê, a Lei 8666/93 prevê que a multa é sanção mais grave do que a advertência, menos grave do que a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração e muito menos grave do que a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública.

(...)

No tocante tal situação em particular, a fixação da multa nestes moldes abusivos promoverá enriquecimento ilícito da Administração em detrimento do contratado, o que afronta o sistema jurídico vigente.

(...)

Portanto, a fundamentação com base no art. 412 do Código Civil, especialmente nos contratos (e seus editais de licitações precedentes) que contemplam penalidades moratórias fora dos padrões legais conforme discutido acima, não encontrará respaldo na Lei de Licitações, e Lei de Usura (Decreto n.º 22.626, de 07/04/1933), cuja principal preocupação é não gerar ônus excessivo e consequente desequilíbrio do contrato para o Prestador do Serviço em simples mora (atraso).

(...)

Conforme visto, a fixação da sanção de multa pela Administração não pode levar à iniquidade, devendo ser observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, limitando-se ao percentual máximo de 10% sobre o do empenho requerido e não sobre o total contratado, tendo em vista que não foi solicitada a entrega na sua totalidade bem como não foi rescindido o contrato.

(...)

III - DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

(...)

*Nessa esteira, tal princípio deve ser encarado como inibidor do abuso do Poder Público no exercício das funções que lhes são inerentes, notadamente a legislativa e a regulamentar, e, não poderia ser diferente, **a sancionatória**. Dentro dessa perspectiva, o postulado em tela atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos da Administração Pública.*

(...)

*Deve-se destacar que a penalidade a ser aplicada deve ser adequada a infração cometida. Portanto, seria uma **afronta à proporcionalidade** defender que, no âmbito do pregão, infrações menos graves seriam apenadas com punições mais severas, como é o caso dos autos.*

(...)

*Ao passo que a Lei possibilita ao Administrador a aplicação de punição pelo descumprimento ou atraso no cumprimento do contrato, do mesmo modo prevê a **ponderação dessa punição para que não haja excessos** por parte da Administração no cumprimento de seus atos.*

(...)

IV - DA PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

(...)



A razoabilidade impõe que o agente público deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional e em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas.

Dessa forma, ao fugir desse limite de aceitabilidade, os atos serão ilegítimos e, por conseguinte, serão passíveis de invalidação jurisdicional.

(...)

Portanto, especialmente no direito administrativo sancionador, a formalidade e a objetividade devem dar espaço aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, a mera previsão objetiva de percentuais ou fórmulas prontas num contrato administrativo, diante dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não autoriza a imposição automática de penalidade estratosférica, como é caso em tela.

A EMPRESA NÃO TEM REINCIDÊNCIA JUNTO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE SÃO JOÃO DA PONTE, o que deve se considerado quando da imposição de penalidades.

(...)

A penalidade, a pretexto de desestimular a reiteração de condutas infracionais, NÃO PODE ATINGIR O DIREITO DE PROPRIEDADE, cabendo ao Poder Legislativo, com base no princípio da proporcionalidade, a fixação dos limites à sua imposição.

(...)

Na mesma linha, não houve por parte da Administração Pública a comprovação de prejuízo que pudesse ensejar a aplicação da penalidade nos moldes aplicados, ônus que não se desincumbiu o poder público no processo administrativo que ora se discute.

(...)

V - DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DE DOLO OU MÁ-FÉ DA EMPRESA LICITANTE

Em análise aos autos do presente processo não se verifica a comprovação, até mesmo porque não houve, de dolo ou má-fé da empresa muito menos de prejuízo à Administração.

(...)

Não é dever de a Administração aplicar a penalidade sem análise dos fatos, apenas porque existe previsão de sanções. Devem-se apurar os fatos, primando sempre pelo princípio da verdade real. Neste caso, é evidente que nenhuma penalidade deve ser aplicada e que a Administração pública não cumpriu com seu dever de apuração do fato, pois inexistiu prejuízo à administração pública e/ou dolo ou má-fé da empresa.”

III. DO PEDIDO DA EMPRESA

10. A empresa, em sua peça recursal assim solicita junto à Administração:

“a) Em vista do exposto, requer o recebimento do presente RECURSO, para no mérito afastar a aplicação das penalidades previstas no contrato diante dos fundamentos apresentados em sede de defesa prévia e na presente, com acolhimento dos fundamentos apresentados;



**PREFEITURA DE
SÃO JOÃO DA PONTE**

CNPJ: 16.928.483/0001-29

Praça Olímpio Campos, nº 128 - Centro

São João da Ponte – MG.

CEP: 39.430-000

Fone: (38)3234-1634

- b) em não sendo este o entendimento de vossas senhorias, considerando os critérios de razoabilidade e proporcionalidades previstos na Constituição Federal e que devem nortear todos os atos e decisões administrativas, requer seja aplicada, em sede subsidiária, a penalidade de Advertência;*
- c) A redução do valor da multa aplicada para 10% sobre o valor do empenho, totalizando R\$ 197,80.”*

IV. DA ANÁLISE DO RECURSO

11. Primeiramente, devemos buscar o que está definido no Edital de Licitação, bem como nos termos da Ata de Registro de Preços, no que se refere à aplicação de sanções administrativas por descumprimento de contrato. Assim temos:

“CLÁUSULA SÉTIMA - SANÇÕES

7.1. Aplicam-se a esta Ata de Registro de Preços e aos contratos decorrentes as sanções estipuladas na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e na Lei Federal 8.666, de 13 de junho de 1993, sem prejuízo das demais sanções administrativas, civis e criminais.

7.2. A aplicação de multa na infringência ao disposto nos artigos 81, 86 e 87 da Lei nº. 8.666/93 obedecerá ao disposto nesta Cláusula.

6.3. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o as seguintes penalidades:

7.3.1. Multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor da obrigação não cumprida; ou

7.3.2. Pagamento correspondente à diferença de preço decorrente de nova licitação para o mesmo fim.

7.4. O atraso injustificado na execução do contrato, a saber o atraso na execução dos serviços, sem prejuízo do disposto no parágrafo primeiro do artigo 86 da Lei 8.666/93 e artigo 7º da Lei 10.520/02, sujeitará a contratada à multa de mora sobre o valor da obrigação não cumprida, a partir do primeiro dia útil seguinte ao término do prazo estipulado, na seguinte proporção:

7.4.1. Multa de 10% (dez por cento) até o 30º (trigésimo) dia de atraso; e

7.4.2. Multa de 15% (quinze por cento) a partir do 31º (trigésimo primeiro) dia de atraso até o 45º (quadragésimo quinto) dia de atraso.

Parágrafo único - A partir do 46º (quadragésimo sexto) dia estará caracterizada a inexecução total ou parcial da obrigação assumida, salvo disposição em contrário, em casos particulares, previstos no edital ou contrato, sujeitando-se à aplicação da multa prevista na Cláusula 5.5 desta ARP.

7.5. Pela inexecução total ou parcial da entrega poderão ser aplicadas à contratada as seguintes penalidades:

7.5.1. Multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor da obrigação não cumprida; ou

7.5.2. Multa correspondente à diferença de preço decorrente de nova licitação para o mesmo fim.

12. Os termos estabelecidos na Minuta de Ata de Registro de Preços que depois foi devidamente assinada pela empresa está perfeitamente em conformidade com a legislação vigente. Não vislumbramos qualquer desproporcionalidade nos termos estabelecidos nos termos da Ata de Registro de Preços, conforme alega a recorrente. Ainda, nesse momento não é a oportunidade de se discutir termos do contrato ou do edital, uma vez que a empresa deveria tê-lo feito em recurso de impugnação antes da realização da licitação, conforme regras definidas na Lei Federal nº 8.666/93.

13. Sob a alegação da empresa de que a Administração deveria aplicar uma advertência antes de se aplicar a multa não guarda qualquer consonância com a Lei. Não está previsto na lei que existe uma hierarquia de aplicação de sanções. Mas se fôssemos considerar que tal premissa como verdadeira, então temos que a Administração cumpriu com tal requisito, pois desde o mês novembro a recorrente tem sido advertida do não cumprimento das obrigações contratuais, conforme demonstrado no item I deste documento.

14. Quanto à alegação da empresa de que não houve proporcionalidade na aplicação da multa, apresentamos a metodologia aplicada, de acordo com os requisitos determinados na cláusula sétima citada acima:

Valor não atendido pela Recorrente: R\$ 1.978,00

Data base para aplicação: 30/11/2021

Subitem 7.4.1 da Ata, prevê 10% (dez por cento) até o 30º (trigésimo) dia de atraso: **R\$ 197,80 (cento e noventa e sete reais e oitenta e oito centavos)**

Subitem 7.4.2 da Ata, prevê 15% (quinze por cento) do 31º (trigésimo primeiro) dia a 45º (quadragésimo quinto) dia de atraso: **R\$ 296,70 (duzentos e noventa e seis reais e setenta centavos)**

Subitem 7.5.1 da Ata, prevê 20% (vinte por cento) por inadimplência total ou parcial: **R\$ 395,60 (trezentos e noventa e cinco reais e sessenta centavos)**

Se aplicássemos os termos da Ata de Registro de Preços com o rigor literal previsto na Ata, teríamos o valor da multa a ser paga pela empresa no valor de **R\$890,10 (oitocentos e noventa reais e dez centavos)**. Dessa forma, refutamos a tese da recorrente de que não houve proporcionalidade na aplicação das sanções previstas nos termos da Ata.

Por fim, a Administração poderia optar por aplicar a sanção prevista no subitem 7.5.2, onde se determina que o valor da multa seria o mesmo custo de produção de nova licitação para o mesmo fim, ou seja, estaríamos falando de um custo médio de **R\$2.000,00 (dois mil reais)**, onde estão incluídos os custos de mão-de-obra e publicações do processo. Tal fato refuta ainda mais tese da recorrente no que diz respeito a falta de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções.

15. Por fim, sob a alegação da recorrente que a falta da entrega dos produtos não ocasionou prejuízos à Administração não merece prosperar. O prejuízo para Administração Pública é muito maior do que pode imaginar a empresa recorrente. A falta de um atendimento médico em condições inadequadas, tem um prejuízo incomensurável e não pode ser admitido pelos gestores públicos. A recorrente não tem qualquer parâmetro para afirmar se houve ou não prejuízo, pois não estamos falando apenas de prejuízos financeiros, mas de prejuízos administrativos e de eficiência na prestação do serviço público.

V. DA CONCLUSÃO

16. Diante dos fatos apresentados, e diante da análise do recurso apresentado pela empresa julgamos pela manutenção da aplicação da sanção aplicada anteriormente, mantendo o seguintes:

16.1 Rescisão unilateral da ata de registro de preços com fundamento na Lei N.º 8.666/93 em seu art. 78, incisos I e II c/c art. 79, inciso I; e

16.2 Suspensão do direito de contratar com o Município de São João da Ponte/MG, pelo período de 02 (dois) anos ou até que sejam excluídas as sanções.

16.3 Manutenção da multa no valor de **R\$ 598,27 (quinhentos e noventa e oito reais e vinte e sete centavos)**.

16.4 A presente decisão administrativa deve ser publicada, em extrato, na Imprensa Oficial do Município, disponibilizada em sua cópia integral no site do Município, especificamente na aba referente ao procedimento licitatório originário, bem como esta decisão administrativa encaminhada a empresa para fins de conhecimento.

São João da Ponte/MG, 12 de janeiro de 2023.

Charles Jefferson Santos
Procurador do Município
OAB nº 123.071