

PEDIDOS DE ESCLARCIMENTOS PE-052/2015

Na Seção XIII - Da Garantia de Execução (páginas 44 e 45) e na Seção XVIII - Das Sanções (Página 57 a 65) estão previstas diversas formas de aplicação da penalidade de multa, algumas com percentuais individuais superiores ao limite máximo legal. Também, o total das multas aplicadas no mês poderá ultrapassar o mesmo limite legal, ocorrendo o mesmo na vigência do contrato.

Além da aplicação das penalidades de multas referenciadas nas Seções XIII e XVIII do TR, o edital prevê a aplicação de redutores no pagamento como consequência de eventuais não cumprimentos dos níveis mínimos de serviços estabelecidos no Anexo XIII (páginas 117 a 123). Tais redutores nada mais são que multas aplicadas com outra denominação.

Para fins de evitar possível enriquecimento sem causa do Banco, por se beneficiar de um serviço realizado pela contratada e não pago na íntegra ou pago valor irrisório como consequência de multas aplicadas, é indispensável que haja um limite máximo percentual total de sanções aplicáveis sobre o faturamento de um serviço, sobre o faturamento total do mês e sobre o faturamento total do período contratual.

Este limite está definido na Lei de Usura (Decreto nº 22.626/1933), conforme bem registrado pelo TCU no Acórdão nº 0597/2011 - Plenário, que determinou:

“9.1.19. promova a pertinente adaptação da Cláusula Décima Segunda da minuta de contrato, vez que referido dispositivo prevê a possibilidade de cumulatividade de aplicação de penalidades pecuniárias por atraso na execução do objeto contratual as quais poderão importar em extrapolação do limite de 10 % previstos no Decreto nº 22.626, de 07/04/1933 (consoante entendimento exposto pelo TCU no TC - 016.487/2002-1 - Representação - Acórdão nº 145/2004 - Plenário)”

Diante do exposto, solicitamos limitar o total das penalidades de multa em até 10% (dez por cento) aplicáveis sobre:

- a) O valor do faturamento da Ordem de Serviço, quando a aplicação for diretamente relacionada àquele serviço;

- b) O valor total do faturamento no mês, quando a aplicação for sobre todos os serviços realizados no mês de referência ou sobre o contrato, observando que o total das penalidades de multa aplicadas sobre as OS individualmente deverá ser considerada para apurar o limite máximo mensal;

c) O valor total do faturamento na vigência do contrato, em relação a soma de todas as penalidades de multa aplicadas nos meses da vigência do contrato.

RESPOSTA:

Os percentuais estabelecidos foram rigorosamente analisados e ponderados sobre cada situação e de modo algum constituem fator lesivo à empresa que executará o contrato após vencer a concorrência ora tratada.

As multas versam sobre todos os aspectos do tempo de vida do contrato a ser celebrado e constituem mecanismo fundamental de aferição pela Administração Pública da qualidade da entrega dos serviços e cumprimentos das obrigações pactuadas no contrato em execução.

O Acórdão citado pela empresa trata de representação contra regras estabelecidas em um contrato cuja aplicação das multas poderia consumir até 84% do total contratado, o que está absolutamente incoerente com as regras estabelecidas no ato convocatório deste Pregão Eletrônico. A utilização do Art. 9º. do Decreto nº 22.626/1933: “Não é válida a cláusula penal superior a importância de 10% do valor da dívida” é para justificar o absurdo valor de 84% do contrato (sendo o contrato o valor principal, a dívida global contraída pela Administração para obtenção das aeronaves) e reforça que o contexto utilizado pela empresa para justificar sua afirmação é inadequado à realidade em questão. Ainda sobre a Lei de Usura, o TCU esclarece no citado acórdão (grifos nossos): “Ressalta-se, porém, que não é consensual nesta Corte de Contas e na doutrina sua aplicação aos contratos firmados com a Administração Pública”. Para tal, deve ser verificada grave falha em regras contratuais que caracterizem a prática da usura pela Administração contra os prestadores de serviços contratados, objetivando auferir algo que pertence à empresa prestadora.

Quanto à afirmação “Tais redutores nada mais são que multas aplicadas com outra denominação”, referentes às regras pertinentes aos níveis mínimos de serviços, cabe-nos esclarecer que o entendimento da empresa é absolutamente equivocado, o que é preocupante, haja vista que presta serviços à organizações vinculadas à Administração Pública e deveria ter a compreensão, conforme determina a Lei 8.666/1993 de que a Administração Pública deve pagar única e exclusivamente pelos serviços entregues. A lei é absolutamente rígida ao disciplinar o assunto e determina que devem ser criados critérios de aferição claros que demonstrem que a Administração está pagando tão somente pelo que está recebendo. Tratam-se de normas de aferição de qualidade basicamente vinculadas ao resultado concreto das entregas realizadas. A multa é aplicada sobre infração contratual, a redução de valores a receber é aplicada sobre a redução de qualidade nas entregas previstas no contrato.

Esclarecemos que há itens no Termo de Referência do Ato Convocatório que disciplinam e estabelecem limites para a aplicação de multas sobre o valor do contrato, sendo estes amparados por lei. Quanto às sanções referentes às Ordens

de Serviço - OS e pagamentos mensais de sustentação, foram também estabelecidos limites que disciplinam a aplicabilidade dos percentuais máximos que podem ser praticados, todos delimitados por fatores temporais, como dias e meses.

Os percentuais estabelecidos objetivam proteger a Administração Pública de empresas que fazem uso de normas sem rigidez pecuniária e não priorizam a necessidade de atendimento com qualidade de modo que o cliente, no caso a Administração Pública, possa atingir seus objetivos de negócio dentro de prazos certos, de acordo com seu Planejamento Estratégico. Há farta jurisprudência no Tribunal de Contas da União que reforçam, como um mantra, essa necessidade, inclusive aplicando os rigores da lei quando detecta o descaso da Administração Pública com a necessidade de estabelecer critérios de fato punitivos para com o malfeito e desrespeito à qualidade das necessidades estabelecidas no objeto contratual.

É importante que a empresa atente para o item 262 do Termo de Referência, em que está escrito: *“Quando as multas, cumulativamente, no período de doze meses, excederem a 30% do valor total do contrato, poderão ser tomadas ações administrativas com vistas à rescisão do contrato, por inexecução parcial, sem prejuízo da aplicação das demais sanções previstas.”* É possível verificar que há limite máximo estabelecido para aplicação de multa dentro do período de execução contratual, culminado na penalidade máxima, que é a rescisão. A utilização da garantia contratual para saldar valores devidos à administração por descumprimentos contratuais é prevista em lei (8.666/1993) e suas regras estão rigorosamente dentro dos preceitos legais.

Quanto à sanção por inexecução total do contrato, o percentual estipulado é proporcional à gravidade do descumprimento contratual, que pode causar prejuízos gravíssimos ao contratante e, dependendo do cenário, de medição impraticável devido ao fato de objeto contratual em questão ser parte do *Core de Negócio* desta Sociedade de Economia Mista.

Adicionalmente, esclarecemos que multas, reduções de faturas e demais sanções amparadas pelo Estado Brasileiro são aplicadas única e exclusivamente quando o acordo firmado em contrato é descumprido, seja em parte ou no todo, sendo a aplicação, portanto, de caráter excepcional. Isto implica em reforçarmos que uma empresa que cumpra com seus deveres contratuais e justifique as dificuldades durante a execução contratual que impactam na qualidade ou no cumprimento de regras a contento e sendo tal justificativa amparada pela razoabilidade consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não há por quê ser penalizada. Considerando esta questão, no item 258 do Termo de Referência consta: *“No caso de descumprimento ou inobservância das regras estabelecidas no Edital ou no contrato, como inexecução total ou parcial dos serviços previstos contratualmente, execução de serviço em desacordo com as regras contratuais ou descumprimento de obrigação contratual, poderá ser aplicada a sanção de multa à CONTRATADA conforme os casos e percentuais apresentados nesta seção, onde está garantida a prévia e ampla defesa, conforme estabelecido nas leis brasileiras.”*

Finalizando, esclarecemos novamente que o Banpará não tem, sob hipótese alguma, intenção de obter lucro indevido das empresas que contribuem com sua missão através da execução dos contratos celebrados com estas. Finalizamos ainda que a empresa contestadora teve a oportunidade de se pronunciar sobre todas as regras estabelecidas no Termo de Referência deste Ato Convocatório, de forma transparente, em consulta pública, para a qual respondeu com a apresentação de preço para o objeto em questão, preço este que foi considerado na composição final do valor de referência do objeto contratual deste Edital, conforme estabelecido em lei e nas orientações do Tribunal de Contas da União. Para reforçar a honestidade dos limites praticados, o Banpará realizou recente licitação de sua Solução de Crédito Comercial, também integrante do *Core de Negócio*, em que as regras de sanções apresentadas foram as mesmas, e não houve contestação da natureza ora exposta, sendo tal licitação bem sucedida.

Diante do exposto, os limites serão mantidos.