



MUNICÍPIO DE PATOS DE MINAS-MG

Procuradoria Geral.

Ref: Processo Administrativo n.º 16.822/2017

Pregão Presencial n.º 51/2017

Órgão solicitante: SMA - Comissão de Pregão

Impugnante: TBI Segurança EIRELI

Presidente e equipe de apoio

A Procuradoria Geral do Município, atendendo requerimento desta Secretaria Municipal de Administração-Comissão de Pregão, para pronunciar-se acerca da impugnação apresentada pela empresa TBI Segurança EIRELI ao edital do pregão presencial n.º 51/2017 vem opinar na forma abaixo.

A presente impugnação deve ser conhecida, pois tempestiva, mas acolhida em parte.

I Exclusão dos itens 15.2 e 15.4 do Edital

Requer a impugnante TBI:

“A previsão contida nos itens 15.2 e 15.4, que facultam ao Município a retenção de pagamentos para fins diversos que o repasse das verbas de natureza trabalhista e as obrigações sociais e tributárias diretamente vinculadas à execução do contrato contrariam o ordenamento jurídico pátrio, e ainda a mais abalizada jurisprudência, que abomina a retenção de pagamentos, que ocasionam diretamente prejuízos aos trabalhadores lotados na prestação de serviços, e culminam por impor à Administração Pública contratante a responsabilização subsidiária por eventuais inadimplementos fomentados pela indevida retenção de pagamento de serviços efetivamente prestados.”

Tais alegações não merecem prosperar, devendo permanecer in totum, os subitens em análise.

No caso, a Lei 8.666/93, que rege subsidiariamente esta licitação, prevê a possibilidade das chamadas cláusulas exorbitantes. Nestes termos o art. 54 dispõe:

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

O particular não é obrigado a contratar com o poder público. Mas se o faz, deve se submeter ao regime de direito público.

Andre



MUNICÍPIO DE PATOS DE MINAS-MG

Procuradoria Geral.

E os contratos administrativos enquadram-se na categoria de contratos de adesão, nos quais a administração estabelece as cláusulas que irão reger a avença.

Os subitens 15.2 e 15.4 refletem, pois, dispositivos legais sobre os quais o gestor público deve balizar sua conduta.

Basta ver, entre outros exemplos, o disposto no §3º do art. 195 da CF/88 que assim determina:

“ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)[...]

§ 3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (Vide Medida Provisória nº 526, de 2011) (Vide Lei nº 12.453, de 2011)”

Logo, opina a AGM, neste ponto, pelo não acolhimento das razões da impugnante TBI.

II - Exclusão do item 17.2.7 do edital.

“Também fulmina o ordenamento jurídico administrativo, aplicável à espécie, bem como os preceitos basilares de Direito, a imposição contida no item 17.2.7 do edital, que adota a responsabilização civil da contratada nos moldes previstos no Código de Defesa do Consumidor, o que não se admite. A responsabilidade da contratada perante a administração pública possui previsão expressa em Direito Administrativo, assim como a responsabilidade civil da empresa perante terceiros é definida pelo código de Direito Civil, uma vez que, principalmente, com relação a terceiros, não se trata em nenhuma hipótese de relação de consumo.”

Em que pese o zelo demonstrado na sua impugnação, uma vez mais não merece acolhida, neste ponto, as razões da empresa TBI.

A aplicabilidade do CDC nos contratos administrativos é admitida sim, ao contrário do alegado pela empresa TBI, senão vejamos o Acórdão nº 1729/2008 do Plenário do TCU para bem ilustrar o presente caso:

“8. Outro aspecto que igualmente foi abordado ao ser discutida essa matéria, diz respeito à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos, o que torna



MUNICÍPIO DE PATOS DE MINAS-MG

Procuradoria Geral.

prescindível a exigência, por parte da Administração, de declaração de solidariedade, pois a lei já determina sua existência.

9. Como exemplo, trago trecho do exame técnico transcrito no relatório do TC-016.501/2003-0, acolhido integralmente pelo Relator do Acórdão nº 1.670/2003-Plenário:

"3.4.3Primeiramente, visto que a unidade alegou encontrar respaldo legal para tal exigência no CDC, mister se faz esclarecer que essa lei (Lei nº 8.078/1990) é aplicável à Administração Pública enquanto consumidora de bens e serviços. Isso porque ao definir, em seu art. 2º, consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, não fez nenhuma exceção, devendo, portanto, a Administração Pública se utilizar de todos os direitos ali estabelecidos, na condição de consumidora.

3.4.4Esse também é o entendimento prevalecente nesta Corte de Contas. Cite-se, por exemplo, trecho do relatório do Ex.mo Sr. Ministro Adylson Motta, que foi acatado para fundamentar a determinação constante do item 8.2 da Decisão nº 1.045/2000 - Plenário (Ata nº 48/2000):

"Leon Fredja assim sintetiza a matéria do CDC:

'Para o Código de Proteção e Defesa do Consumidor - Lei 8078, de 11 de setembro de 1990 - consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Destacam-se, entre os direitos básicos do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, a facilitação da defesa de seus direitos, com a inversão do ônus da prova a seu favor, a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.' (FREDJA, artigo apresentado no I Seminário Ibero-Americano de Direito dos Consumidores)

E prossegue ensinando: 'sem dúvida, aplica-se o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ainda que se trate de contrato administrativo, quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei 8666/93, sendo ela consumidora ou usuária, porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final. A lei não faz distinção entre as pessoas jurídicas que adquirem bens ou usufruem serviços. Não há por que se lhe negar a proteção do CPDC, já que o Estado consumidor ou usuário é a própria sociedade representada ou organizada.'

Este também é o pensamento de Celso Bastos, que não exclui o Estado quando adquire produtos ou é usuário (in Comentários à Constituição do Brasil, Saraiva, 2º volume, 1989).

Toshio Mukai adverte, com muita propriedade, que o Código pode e deve ser invocado pela contratante, já que, ao contratar o fornecimento de bens ou serviços, coloca-se na condição de destinatária final e, portanto, o manto protetor dessa lei não pode ser ignorado.



MUNICÍPIO DE PATOS DE MINAS-MG

Procuradoria Geral.

O TCU vem reconhecendo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para a Administração Pública, no pólo passivo da relação de consumo. A exemplo, a Decisão 634/96 - Plenário, traz a seguinte passagem extraída do Voto do Exmo. Sr. Ministro Homero Santos:

'A Carta Magna, entre os princípios que estabelece para a atividade econômica (art. 170), consagra o da livre concorrência (inciso IV) e o da defesa do consumidor (inciso V). A Administração Pública enquadra-se perfeitamente como consumidora nesse contexto -- sendo em muitos casos, inclusive, consumidora majoritária de determinados bens ou serviços ofertados pela iniciativa privada -- para efeito da proteção conferida pela Constituição Federal e pela legislação ordinária aos consumidores em geral, como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.'

Firma-se esta premissa, pois que irá permear a análise do presente caso, através da aplicação de normas do CDC pertinentes.'

Despiciendo tecer maiores comentários, pelo que, opina esta AGM pelo não acolhimento, neste ponto, da presente impugnação, devendo permanecer inalterado o subitem 17.2.7 do edital.

É, s.m.j., o parecer.

Patos de Minas/MG, 12 de dezembro de 2017.

André Luiz Costa Martins Wilson
Advogado
OAB-MG 64757