

CONDUTORES

EXCELENTÍSSIMA SENHORA EDWIGES CLEMENTE DE OLIVEIRA DO DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES E ASSESSORIA DE CONTRATOS DA COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL DE JUIZ DE FORA/MG

Ref.: Pregão Eletrônico n.º SRP 086/16

AMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONDUTORES EIRELI., já devidamente qualificada nos autos do processo em epigrafe vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, por seu representante legal devidamente constituído, apresentar DEFESA PRÉVIA em face da decisão que lhe pretende cominar a sanção de suspensão do direito de participação da defendente em procedimentos licitatórios pelo período de 02 anos, nos termos das razões que se seguem.

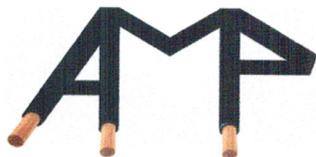
Termos em que, pede deferimento.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2017.



AMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONDUTORES EIRELI.

Alexandre amalta Fernandes Pereira



CONDUTORES

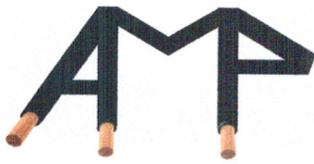
SÍNTESE FÁTICA

- 1 - Trata-se de notificação encaminhada à AMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO EIRELI. pelo DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES E ASSESSORIA DE CONTRATOS DA COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL DE JUIZ DE FORA/MG com finalidade de intimá-la a apresentar Defesa Prévia em relação a ausência de entrega dos materiais constantes na Ordem de Compra nº 3064.
- 2 - A Defendente se sagrou vencedora no pregão eletrônico n.º SRP 086/16. Ocorre que segundo a entidade licitante *“a empresa não efetuou a entrega dos materiais constantes na Ordem de Compra nº 3064”*. Assim, teriam sido *“esgotadas as possibilidades de cobranças junto à empresa”* no intuito de receber referidos materiais pela licitante, razão pela qual *“o chefe do Departamento de Compras e Estoque, Gestor da Ata de Registro de Preços, solicitou a aplicação da referida penalidade, pelo descumprimento do edital”*.
- 3 - Em virtude disso, a entidade licitante disse estar a defendente sujeita à *“sanção de suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a CESAMA pelo período de 2 (dois) anos”*.
- 4 - Ocorre que, **sobredito entendimento não merece prosperar tendo em vista as razões delineadas a seguir.**

PRELIMINARES

DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DA OMISSÃO DA DECISÃO RECORRIDA

- 5 - A omissão resta configurada quando o julgador não se manifesta em relação a fato ou fundamento sobre o qual deveria se manifestar constituindo, assim, questão imprescindível para o



CONDUTORES

deslinde da causa. Nesses termos, deve a decisão ser clara em relação aos fundamentos relevantes para formar a conclusão do julgador.

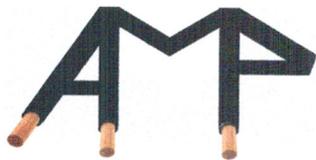
6 - É justamente deste vício que padece a pretensão cominatória *in casu*. Ora, sob quais argumentos está assentada a pretensão cominatória relativa à suspensão temporária do direito de participação da defendente em procedimentos licitatórios?

7 - Pretende-se aplicar a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação da defendente ao fundamento de que *“esgotadas as possibilidades de cobrança junto à empresa, o chefe do Departamento de Compras e Estoque, Gestor da Ata de Registro de Preços, solicitou a aplicação da referida penalidade, pelo descumprimento do exigido no edital”*.

8 - Isto é, não se fez qualquer menção a quais elementos serviram para formar seu convencimento em relação à alegada ilicitude da conduta perpetrada pela recorrente. Quais meios de cobrança foram tentados? A defendente se manteve silente aos questionamentos eventualmente realizados pela entidade? Qual justificativa foi dada pela defendente em relação aos questionamentos que supostamente lhe foram feitos? Quais produtos não teriam sido entregues? Vê-se, portanto que a decisão é omissa em relação a qual ou quais conduta(s) seriam capazes de demonstrar eventual violação pela recorrente dos dispositivos normativos editalícios citados. O mero relato da conduta não conduz à conclusão de que a recorrente violou a normatividade vigente, pois, para tanto, exige-se análise pormenorizada dos elementos constitutivos do caso concreto.

9 - Ora, sabe-se que o julgador não é livre para, de acordo com suas próprias convicções condenar a defendente em processo administrativo. Para tanto, exige-se que seu convencimento seja motivado.

10 - Sendo assim, a defendente não sabe quais fundamentos foram levados em consideração para formação da pretensão cominatória e, nesse sentido, não possui condições de exercer em



CONDUTORES

plenitude seus direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório, também assegurados aos processos administrativos nos termos do art. 5º, inciso LV, da CRFB/88, abaixo colacionado:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; deslinde da causa é preciso que este Tribunal firme qual é o seu entendimento acerca do pedido explícito de voto.

11 - Pelo exposto, resta demonstrado o cerceamento do direito de defesa da recorrente, razão pela qual a pretensão cominatória não merece prosperar.

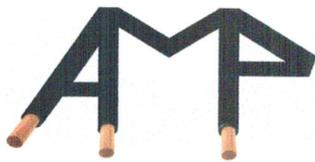
MÉRITO

DA AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO ANÍMICO DA CONDUTA

12 - No caso em tela, o DEPARTAMENTO DE LICITAÇÕES E ASSESSORIA DE CONTRATOS DA COMPANHIA DE SANEAMENTO MUNICIPAL DE JUIZ DE FORA/MG pretende suspender temporariamente o direito da Defendente de participar de licitação bem como a impossibilidade de contratar com a referida entidade pelo prazo de 02 anos em razão de a contratada não ter entregado os materiais constantes na Ordem de Compra nº 3064.

13 - Sendo assim, presume-se que o não envio dos materiais objeto da contratação se equipara à recusa ao cumprimento da obrigação. Isto é, a entidade licitante pretendendo penalizar a contratada pelo não envio dos materiais está fazendo imperar, *in casu*, a responsabilidade objetiva da contratada, o que não corresponde à verdade pois, no universo das contratações públicas, a regra é que os contratantes respondem subjetivamente pelos seus atos.

14 - É dizer, a AMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONDUTORES EIRELI. somente pode ser responsabilizada no caso tela se a entidade licitante comprovar dolo ou culpa de sua



CONDUTORES

parte, ou seja, desde que reste comprovado dolo ou culpa como elementos subjetivos anímicos da sua conduta de não enviar a tempo os documentos exigidos.

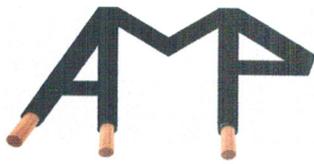
15 - Como a AMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONDUTORES EIRELI. sagrou-se vitoriosa do pregão apresentando a melhor proposta não deveria a entidade licitante pautar-se pela extrema pontualidade. É que para o atendimento dessas condutas licitatórias não se deve jamais se afastar do bom senso, da razoabilidade e da principal finalidade das aquisições públicas, que é a busca da oferta mais vantajosa.

16 - Não obstante isso, pretende agora supor culpa ou dolo na conduta da defendente o que é um absurdo não tolerado pelo nosso direito.

17 - Ademais, insta consignar que o item 12.3.1 do Edital fixa os prazos para entrega do Termo de Aceitação pelo vencedor do certame fixando, inclusive, as sanções passíveis de serem impostas àquele que não entregar referida documentação no prazo determinado, dentre elas as previstas no art. 87 da Lei n. 8.666/93. Nesse sentido, referido item contratual tido como fundamento a embasar a pretensão cominatória *in casu* não se aplica aos casos de eventual não entrega dos materiais, motivo pelo qual é descabida sua aplicação. Senão, vejamos o teor do item:

12.3.1. O Termo de Aceitação deverá ser encaminhado para o e-mail licita@cesama.com.br no prazo de 24 (vinte e quatro) horas contados a partir da solicitação do(a) Pregoeiro(a), podendo o original ser protocolado no Departamento de Licitações e Assessoria de Contratos da CESAMA no prazo máximo de 05 (cinco) dias após a solicitação. O descumprimento deste prazo sujeitará o vencedor à aplicação das sanções previstas nos artigos 81 c/c 86 e 87 da Lei 8.666/93.

18 - Ressalta-se que não havendo, *in casu*, qualquer indício de dolo ou má-fé que justifiquem a aplicação de qualquer penalidade em face da defendente e que o dispositivo contratual não se amolda à hipótese fática aqui discutida não subsistem motivos para cominação da sanção de suspensão do direito de licitar da empresa.



CONDUTORES

III – DAS JUSTIFICATIVAS PARA NÃO ENTREGA DO MATERIAL LICITADO

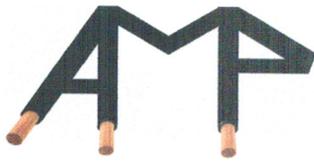
6 - De antemão, é preciso consignar a impossibilidade de se equiparar a não entrega do material licitado à recusa ao cumprimento da obrigação. Isto é, à entidade licitante é defeso pretender penalizar a contratada pela não entrega do material, sob pena de se admitir *in casu*, a responsabilidade objetiva da contratada, o que não corresponde à verdade pois, no universo das contratações públicas, a regra é que os contratantes respondem subjetivamente pelos seus atos.

7 - Como a AMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONDUTORES EIRELI. sagrou-se vitoriosa no pregão apresentando a melhor proposta não deveria a entidade licitante pautar-se pela extrema pontualidade. É que para o atendimento dessas condutas licitatórias não se deve jamais se afastar do bom senso, da razoabilidade e da principal finalidade das aquisições públicas, que é a busca da oferta mais vantajosa.

8 - Uma conduta somente pode ser caracterizada como recusa em fornecer o material licitado se comprovado que o motivo para tanto se deu por culpa ou dolo. O mero não envio dos materiais não pode ser equiparado à recusa em fornecê-los. A recusa exige que o licitante resista em enviar o material requerido o que obviamente não se faz presente no caso em tela. Por isso, não há que se falar em eventuais sanções a serem aplicadas à empresa caso seja instaurada abertura do processo administrativo.

9 - O material licitado não fora entregue em virtude de acontecimentos que exorbitam os limites deste contrato, quais sejam, a grave crise econômica que assola o país e a majoração da alíquota de tributos no Estado de Minas Gerais.

10 - Pois bem, a crise econômica que atualmente assola o país vem se arrastando a tempos o que a princípio poderia afastar a justificativa apresentada pela notificada ao fundamento da possibilidade de previsão de ocorrência da mesma. Contudo, referido argumento não obsta a imprevisibilidade dos efeitos da crise. Isto é, por mais que ao tempo da celebração do contrato a



CONDUTORES

notificada soubesse do contexto de crise econômica atravessada pelo país, não poderia prever os efeitos da mesma.

11 - Sendo assim, formulou proposta tendo em vista o que seria razoável de se esperar àquele momento, ou seja, tendo em vista que os compromissos assumidos anteriormente por ela seriam devidamente cumpridos pelos terceiros que juntamente a ela contrataram. Ocorre que, referida expectativa não se realizou, razão pela qual diversos compromissos assumidos com outras partes não foram cumpridos ocasionando, assim, grandes desfalques financeiros.

12 - Ademais, no ano de 2016 o Governador do Estado de Minas Gerais majorou a alíquota do ICMS revogando benefícios fiscais concedidos anteriormente aos produtos afetos ao objeto deste contrato. No decorrer de todo o ano de 2016, a empresa teve de se readequar à referida majoração no sentido de manter os compromissos anteriormente por ela assumidos.

13 - Pois bem, no Estado de Minas Gerais, o ICMS foi instituído pela Lei nº 6.763/1975, a qual previu, dentre outros aspectos, o fato gerador do imposto, as hipóteses de não-incidência, isenções e alíquotas e base de cálculo. Especificamente em relação às alíquotas, a referida lei autorizou ao Poder Executivo, por meio de Decreto, reduzir para até 12% a carga tributária nas operações internas com diversas mercadorias, dentre as quais nos interessa, em razão do objeto social da Defendente, os fios, cabos e outros condutores, para uso elétrico, mesmo com peça de conexão, de cobre ou alumínio. Confira-se:

Art. 12 - As alíquotas do imposto, nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, são:

(...)

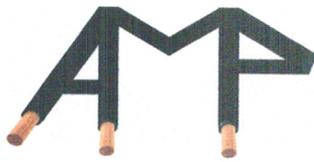
d - **18% (dezoito por cento):**

d.1 - **nas operações e nas prestações não especificadas na forma das alíneas anteriores;**

(...)

§ 30 - Fica o Poder Executivo autorizado na forma, no prazo e nas condições previstos em regulamento, a reduzir para até 12% (doze por cento) a carga tributária nas operações internas com as seguintes mercadorias:

(...)



CONDUTORES

XXXII – fios, cabos e outros condutores, para uso elétrico, mesmo com peça de conexão, de cobre ou alumínio;

14 - Diante do permissivo legal, as alíquotas de ICMS nas operações com fios, cabos e outros condutores, para uso elétrico, mesmo com peça de conexão, de cobre ou alumínio, classificados na subposição 7413.00.00 e nas posições, 7605, 7614 e 8544 da NBM/SH, exceto a subposição 8544.70 foram fixadas em 12%, nos termos do art. 42, I, b, subalínea b.37, do RICMS/02 (Decreto nº 43.080/02).

Art. 42. As alíquotas do imposto são:

I - nas operações e prestações internas:

b) 12 % (doze por cento), na prestação de serviço de transporte aéreo e nas operações com as seguintes mercadorias:

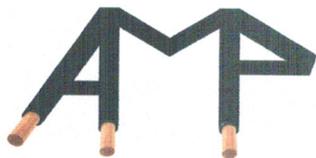
(...)

b.37) fios, cabos e outros condutores, para uso elétrico, mesmo com peça de conexão, de cobre ou alumínio, classificados na subposição 7413.00.00 e nas posições, 7605, 7614 e 8544 da NBM/SH, exceto a subposição 8544.70;

15 - Ocorre que em 1º de outubro de 2015 foi editado o Decreto nº 46.859, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2016, revogando diversas subalíneas do inciso I do art. 42 do Regulamento do ICMS, de forma que tributação sobre tais mercadorias passará a ser à alíquota de 18%, uma vez que tais materiais não estão mais especificados na norma, senão vejamos:

Art. 1º Ficam revogados as subalíneas “b.3”, “b.5”, “b.6”, “b.7”, “b.9”, “b.10”, “b.12”, “b.16”, “b.17”, “b.18”, “b.19”, “b.20”, “b.21”, “b.22”, “b.23”, “b.24”, “b.27”, “b.29”, “b.30”, “b.31”, “b.32”, “b.33”, “b.34”, “b.35”, “b.36”, “b.37”, “b.38”, “b.39”, “b.40”, “b.41”, “b.42”, “b.43”, “b.44”, “b.46”, “b.47”, “b.51”, “b.52”, “b.53”, “b.54”, “b.55”, “b.56”, “b.57”, “b.58”, “b.59” e “d.2” do inciso I e o § 27, do art. 42 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002.

16 - Portanto, não se pode olvidar que essa revogação implicou em aumento do custo das operações já contratadas pela empresa anteriormente à entrada em vigor do referido decreto. Ora, a notificada tem como atividade econômica a produção e fornecimento de cabos elétricos revestidos em cobre e alumínio, produtos sob os quais passou incidir a nova alíquota do ICMS de



CONDUTORES

18%. Sendo assim, todos os contratos anteriormente por ela firmados sofreram majoração dos custos operacionais refletindo, dessa maneira, nos demais contratos.

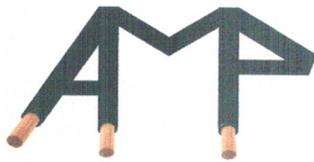
17 - Nesse quadro, o cumprimento do presente contrato se tornou excessivamente oneroso para a contratada em razão tanto dos efeitos da atual crise econômica atravessada pelo país quanto da majoração da alíquota do ICMS. Logo, percebe-se que o mencionado atraso na entrega do material objeto do Pregão nº 36/2016 se deu em razão de fatores de consequências imprevisíveis que por força do art. 65, inciso II, alínea “b” c/c art. 65, § 5º, do mesmo diploma legal enseja a revisão contratual.

DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DAS PENAS

19 - A afronta aos referidos princípios se torna insuportável quando se tem vista que, devido à insuficiência de fundamentação da decisão pretende-se cominar sanção de suspensão temporária do direito de participação da recorrente em procedimentos licitatórios e que a impediu de contratar com todos órgãos/entidades que compõem a administração, razão pela qual, não se entendendo pela absolvição da recorrente, deve-se reduzir o quantum da sanção a ela cominada. Senão, vejamos.

20 - A proporcionalidade e a razoabilidade são princípios constitucionais amplamente reconhecidos, ainda que não estejam expressamente dispostos no texto constitucional. Grosso modo, quer dizer que o Direito deve ser razoável, o que pressupõe um juízo de adequação entre o meio escolhido e o fim pretendido. Relaciona-se também com o devido processo legal, no seu aspecto substantivo. Já a proporcionalidade em sentido estrito obriga que uma determinada sanção seja sempre aplicada em conformidade com a gravidade da infração. Desse raciocínio deriva também a necessidade de gradação, ou seja, de se começar sempre a aplicar a menor pena, apenas justificando-se a aplicação das mais gravosas em caso de agravamento ou reincidência.

21 - Esses princípios prestam-se a afastar a legitimidade de qualquer atuação pública (legislativa, jurisdicional, administrativa) norteadas por critérios despropositados ou divorciados do



CONDUTORES

senso comum de correção e justiça, mesmo que formalmente reúna os elementos para sua validade.

22 - É absolutamente necessária a devida gradação de penas, para que não se consumam injustiças irremediáveis causadoras de danos profundos não somente à empresa, mas também aos seus empregados, fornecedores, etc., indiretamente afetados.

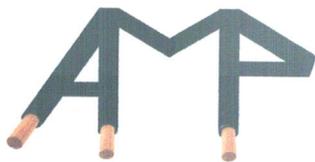
23 - O fundamento utilizado para pretensão de aplicação da sanção acima citada à recorrente, a princípio encontra guarida em dispositivos legais, mas, ocorre que no fundo fere os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

24 - Em nenhum momento restou demonstrado o elemento subjetivo anímico da conduta da recorrente em se negar a entrega dos materiais exigidos. Ademais, sequer restou demonstrado o que faria da conduta da recorrente uma conduta ilícita. Tampouco o dispositivo contratual se amolda à hipótese fática aqui discutida.

25 - Em assim sendo, certo é que não subsistem razões para cominação da sanção à recorrente. Ressalte-se, ademais, que a empresa atua junto ao setor público fornecendo serviços mediante a participação em procedimentos licitatórios sendo certo que a sanção que lhe for imposta impossibilita o exercício de suas atividades econômicas, uma vez que a impede de participar de certames.

26 - Vê-se, portanto, clara violação ao princípio da proporcionalidade.

27 - O princípio da proporcionalidade exige a observância de três máximas, quais sejam, a da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, uma medida atenderá ao referido princípio se e somente se atender às três máximas. A sanção aplicada à recorrente não é proporcional, pois desconsidera sua completa ausência de dolo ou culpa de sua parte bem como a ausência de disposição contratual nesse sentido.



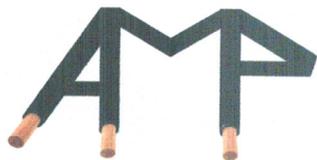
CONDUTORES

28 - O sentido e alcance do princípio da proporcionalidade foram esclarecidos por MICHAEL KOHL, segundo quem *“proporcionalidade de uma medida é estabelecida pela satisfação de um teste de três estágios: (1) a medida deve ser apropriada para o atingimento do objetivo (elemento de idoneidade ou adequação); (2) a medida deve ser necessária, no sentido de que nenhuma outra medida disponível será menos restritiva (elemento de necessidade); (3) as restrições produzidas pela medida não devem ser desproporcionadas ao objetivo buscado (elemento de proporcionalidade stricto sensu)”* (*Constitutional limits to regulation with anticompetitive effects: the principle of proportionality*. Florença: European University Institute, p. 11).

29 - As sanções aplicadas têm caráter repressivo/educativo para que aqueles que deliberadamente pretendam violar a normatividade vigente se sintam desencorajados em fazê-lo. Ocorre que não restou demonstrada a ilicitude da conduta da recorrente. Portanto, não soa adequado, necessário e proporcional em sentido estrito que ela suporte a sanção acima citada, pois o cumprimento da penalidade exigirá da empresa grande esforço econômico para o qual ela não estava preparada.

30 - Afinal, é pacífico que o sancionamento deve ser sempre compatível com a gravidade e a reprovabilidade do ato. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, assim como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados.

31 - Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO: *“À medida que se torna mais grave a sanção, tanto menos cabível se torna a indeterminação das cláusulas atinentes à ilicitude e ao seu sancionamento. O agravamento da sanção identifica-se pela seriedade da punição e pela relevância do bem jurídico afetado. É imperiosa a proporcionalidade entre a sanção e a ilicitude praticada. Logo, é inafastável a definição e delimitação das condutas que caracterizam essa ilicitude. Não é compatível com a ordem constitucional que se adote uma cláusula genérica, tal como ‘infração grave na execução do contrato’, como pressuposto da ‘suspensão do direito de licitar’ ou da ‘declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública’, sanções dotadas de elevado grau de gravidade e cuja imposição ficaria sujeita a uma espécie de ‘prudente*



CONDUTORES

juízo' do agente administrativo" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª ed. Dialética, 2012, p. 1.018).

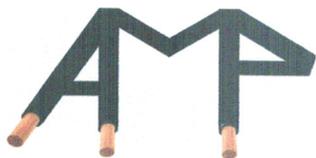
32 - Resta demonstrada, assim, a desproporcionalidade da sanção que ora se pretende imputar à recorrente que está sendo penalizada como aqueles que deliberadamente deixam de cumprir suas obrigações legais o que de forma alguma se assemelha ao presente caso. Vê-se, portanto, que pretende-se penalizá-la de maneira mais gravosa do que realmente merecia, se é que realmente merecia ser penalizada.

33 - Por isso, a desconsideração dessas nuances configura evidente violação ao princípio da razoabilidade. Vejamos.

34 - A razoabilidade desautoriza qualquer interpretação dos atos estatais que conduza a tais desvios. Sob essa perspectiva, é o princípio da razoabilidade que dá suporte à vetusta e sempre verdadeira máxima segundo a qual a interpretação da lei não pode conduzir a resultados absurdos.

35 - Isso se aplica com precisão ao caso concreto: não é possível aplicar à recorrente, em razão da impossibilidade absolutamente justificável de lhe imputar a sanção de suspensão temporária do direito de participar em procedimentos licitatórios e a impedir de contratar com órgãos/entidades que compõem a administração pública.

36 - Vale ressaltar que a aplicação da pena nos termos em que se pretende imputar, causaria prejuízos impossíveis de se suportar, consistindo em pena tão gravosa que, considerando a atual conjuntura do país, fatalmente poderia acarretar encerramento das atividades e dispensa dos colaboradores. Não é esse o espírito da legislação ao prever penalidades para aqueles que descumpram suas disposições, mas sim coibir, principalmente, atos que pretendam burlar a exigência de observância estrita das disposições legais vigentes que regulamentam o exercício da atividade. Nada disso ocorre no caso em tela, e não se pode admitir eventual sacrifício de uma empresa inteira ainda mais considerando a permanente boa-fé da recorrente de toda a relação.



CONDUTORES

DOS PEDIDOS

37 - Em face do exposto, requer-se:

- a) que seja acolhida a preliminar de cerceamento de defesa;
- b) que seja reconhecida a ausência de elemento subjetivo da conduta, não sendo a ela cominada qualquer sanção em razão da atipicidade da conduta e a impossibilidade de se fundamentar a pretensão sancionatória no item 12.3.1. do contrato que em nada se assemelha ao presente caso;
- c) na hipótese não esperada disso não ocorrer, que seja aplicada sanção em patamares proporcionais e razoáveis à conduta praticada pela recorrente;

Nestes termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, 26 de abril de 2017.

AMP INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONDUTORES EIRELI.
Alexandre Malta Fernandes Pereira