

ILMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO
MUNÍCIPIO DE CAMPO BOM – RS
PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO BOM, RS
M.M. COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Referência: Concorrência ° 007/2023

Processo 306/2023

Data: 21/07/2023 às 08:30 h

N. M. B. CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob nº 37.406.334/0001-70, sito Rua Romeu Paiva, nº 156, Bairro Bela Vista, CEP 99.704-040, Erechim-RS, vem, respeitosamente, à presença de V. Senhoria, com fulcro no art. 41, § 2º da Lei 8.666/93 e previsão do Edital, vem tempestivamente, apresentar.

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Em face das seguintes divergências entre a Planilha vs. Memorial vs. Projeto da obra, partes integrantes do edital:

- Item 1.3 Vigia Diurno: planilha apesar de contemplar vigia diurno, não contempla vigia noturno e nem em finais de semana;
- Item 2.6 Tapume: Na composição do SINAPI estabelece caibro de 6x6cm e tabua de 30cm, porém não há menção sobre pontalete para fixação do tapume no solo;
- Item 2.10 Barraco para formas e aço: na planilha é de apenas 20m² o que não é suficiente para execução de painéis de forma e corte e dobra de aço, mínimo necessário 4x13m;

- Item 5.2 Telhamento com telha polycarbonato 8mm: não está especificado em nenhum local se esse polycarbonato é alveolar, compacto ou prismático. O qual interfere em valor e execução do serviço;

Item 5.4 Forro Lambri: na composição não consta a estrutura para fixação.

Item 6.2 Tubo PVC 200 serie R: na composição apresentada pela prefeitura não consta o tubo na mesma.

Item 9.5 Tapume para proteção de estruturas: não está claro para que estrutura seria o respectivo tapume.

Ainda, com vistas a adequação do termo do Edital, impugna o mesmo por descumprimento do art. 40, incisos II, III, XI, XIV, como se demonstrará infra.

Aduzindo para tanto o que se segue.

DA TEMPESTIVIDADE

Trata-se de impugnação ao edital do certame, devidamente apresentada no prazo legal que antecede a abertura dos envelopes no certame.

Ainda, caso esta manifestação chegue após o horário de expediente, por analogia a situação, trago à baila, o entendimento do Ministro Bruno Dantas do TCU:

ACÓRDÃO 969/2022 - PLENÁRIO - RELATOR MIN. BRUNO DANTAS - Impugnação não se limita a horário de expediente.... "Além disso, fosse o envio realizado as 17:30 h (fim do expediente da entidade) ou as 23:59 h da data limite, o seu exame ficaria para o dia seguinte. Ou seja, a regra externa formalismo injustificado em prejuízo dos licitantes, razão por que deve ser revista na reedição do processo de contratação".

Além disso, é importante destacar a SÚMULA Nº 222 do TCU:

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Por outro lado, se a comissão entende que o prazo desta manifestação ultrapassou as 24 horas do último dia de protocolo, invoco o direito de petição consagrado na nossa Carta Magna nos termos da alínea a, do inciso XXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

*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:
XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:*

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Portanto, a presente demanda é plenamente tempestiva, devendo ser recebida e apreciada.

DOS FATOS

O Município de Campo Bom, RS, através da Concorrência nº 007/2023, objetivando a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA COM RESPONSABILIDADE TÉCNICA, FORNECIMENTO DE MATERIAL E MÃO DE OBRA PARA EXECUÇÃO DA OBRA DA RUA COBERTA, CONFORME PROJETOS, MEMORIAIS DESCRITIVOS, ESPECIFICAÇÕES, PLANILHAS ORÇAMENTÁRIAS E CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO**, de acordo com o que se encontra definido nas especificações e condições estabelecidas neste edital e seus anexos, diante de inequívocas divergências e incoerências entre seus anexos, bem como ilegalidades quanto aos prazos para assinatura do contrato, previsão de sanção proporcional à parcela inadimplida, critérios de reajuste e condições de pagamento.

DO DIREITO

O edital, por previsão legal, faz lei entre as partes, nele prevendo, além das disposições constantes da lei de licitações, diversos critérios de habilitação e julgamento, vinculando a ele não somente os licitantes interessados em contratar com a Administração, mas também a própria Administração que não poderá agir/julgar de modo diverso daquele expressamente previsto no Edital.

A observância a lei e ao instrumento convocatório é garantia, inclusive, da observância ao princípio da igualdade entre os licitantes.

Os licitantes interessados apresentam suas propostas com base na análise de todos os requisitos, exigências, detalhes previstos no edital, na intenção de verem-se vencedores do certame e contratarem com a Administração. Contudo, embora com maior ou menor liberdade possam ser fixados requisitos de participação. **Existem requisitos mínimos que devem ser exigidos e observados, a modalidade de licitação adotada pela Administração.**

Por outro lado, imperativo, a administração deve evitar consignar nos editais requisitos sem finalidade objetiva, confusos, contraditórios, truncados, anti-isonômicos, desnecessários e ou excessivos, que

sirvam única e exclusivamente para causar incertezas aos licitantes e dificultarem ou frustrarem uma maior participação de interessados.

Ainda, os requisitos postos no edital tem a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa, como sendo aquela de menor preço e que reúna as condições mínimas de segurança para a administração.

Divergências entre a Planilha vs. Memorial vs. Projeto da obra

Em prévio pedido de esclarecimento houve solicitação de esclarecimentos em razão de divergências constatadas, conforme resumo supra que fora respondido laconicamente nos seguintes termos:

Item 1.3: vigia diurno: a prefeitura conta com a guarda municipal, que em sua ronda noturna e em finais de semana, passa pelos locais em obras. Porém não há responsabilidade da prefeitura sobre a perda/furto de equipamentos ou materiais da empresa;

Item 2.6: tapume: o caderno técnico da composição apresentada indica que todos os itens necessários estão contemplados, conforme segue:

2. ITENS E SUAS CARACTERÍSTICAS

- Telha de aço zincado trapezoidal;
- Peça de madeira não aparelhada 7,5 x 7,5 cm (pontaletes), maçaranduba, angelim ou equivalente da região para montagem dos pilares;
- Prego polido com cabeça 18 x 27;
- Concreto magro para lastro com preparo manual;
- Serra circular de bancada com motor elétrico - CHP;
- Serra circular de bancada com motor elétrico - CHI;
- Tábua aparelhada *2,5 x 30* cm, em maçaranduba, angelim ou equivalente da região;
- Ajudante de carpinteiro com encargos complementares;
- Carpinteiro de formas com encargos complementares.

3. EQUIPAMENTO

- Serra circular de bancada com motor elétrico, potência de 1600 W, para disco de diâmetro de 10" (250mm).

4. CRITÉRIOS PARA QUANTIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS

- Utilizar a área de tapume (parede) com telha metálica a ser instalado para proteção da edificação.

5. CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO

- Para o levantamento dos índices de produtividade foram considerados os carpinteiros e apenas os auxiliares que ajudam na instalação da construção temporária;
- Considerou-se que o buraco escavado para fixação de cada pontaletes tem diâmetro de 0,15 m e 0,60 m de profundidade;
- Considerou-se recobrimento de 0,025 e 0,1 m entre as telhas metálicas;
- Estimou-se que cada chapa de aço e telha metálica é utilizada 1 vez em cada obra e tem durabilidade de 3 obras;
- Foi considerada uma perda de 5% para a telha metálica, além de uma perda de 20% de material metálico ao final de cada obra.

Item 2.10: barraco para formas: considerar o item utilizado em planilha;

Item 5.2: telhamento com telha policarbonato 8mm: considerar o item cotado;

Item 5.4: forro lambri: considerar o item cotado;

Item 6.2: tubo pvc 200: Item corresponde a menos de 1% do valor total da obra, não havendo motivo razoável para alteração;

Item 9.5: tapume para proteção de estruturas: este tapume ficará ao redor dos pilares para a proteção dos mesmos durante a execução da pavimentação;

Ocorre que os esclarecimentos apresentados são insuficientes e incoerentes com o delineado em uma obra com valor estimado superior a seis milhões!

Veja-se, ponto a ponto:

Vigia Noturno e Final de Semana

As planilhas estimativas preveem o pagamento de vigia diurno, porém não as despesas com vigia noturno e de final de semana, sendo que é imprescindível para segurança da obra.

Há de se considerar que o município de Campo Bom está inserido na região metropolitana de Porto Alegre, onde há um aumento significativo de furtos e roubos de materiais de construção, é fundamental ressaltar a **necessidade de se estender a cobertura de segurança durante períodos noturnos e nos finais de semana**. Essa medida se torna ainda mais relevante para preservar o patrimônio e garantir a tranquilidade no desenvolvimento da obra.

Levando em consideração o aumento dos índices de criminalidade no setor da construção civil, é imprescindível que a Administração Pública avalie a viabilidade e a importância de incluir as despesas com vigia noturno e de final de semana, de forma a garantir a integridade dos materiais e equipamentos utilizados na execução do projeto, afinal, a despeito de possuir guarda municipal esta não se responsabiliza por prejuízos decorrentes, conforme esclarecimento ofertado.

Solicitamos, portanto, que seja revisto o edital e incluída a previsão das despesas mencionadas, com o intuito de assegurar a devida proteção ao patrimônio e evitar eventuais prejuízos decorrentes de furtos ou danos durante os períodos em que a obra estiver desassistida.

Reforçamos que nossa manifestação visa garantir a eficiência e a segurança do projeto, além de promover a isonomia entre os licitantes, uma vez que todos terão as mesmas condições de segurança para a execução da obra.

Item 2.6 - Tapume

Embora o esclarecimento aponte que o caderno técnico da composição indica que todos os itens necessários para a montagem do tapume estão contemplados, notamos a omissão em relação à exigência do pontete para fixação do tapume no solo. Tal requisito é essencial para garantir a estabilidade e segurança do tapume, evitando possíveis deslocamentos ou danos durante a execução da obra.

Ressaltamos que o pontete é amplamente utilizado na construção civil como um elemento de sustentação e fixação de tapumes. Sua ausência pode comprometer a eficiência e a integridade do sistema de proteção da obra, além de acarretar riscos de acidentes e danos ao patrimônio.

Dessa forma, solicitamos que seja realizada uma retificação no edital, incluindo expressamente a obrigatoriedade da utilização de pontetes para fixação do tapume no solo. Essa medida visa garantir a conformidade com as normas técnicas e de segurança, assegurando um ambiente adequado para a execução do projeto.

A inclusão dessa exigência no edital proporcionará uma equalização entre os licitantes, garantindo que todos cumpram o mesmo padrão de qualidade e segurança no tocante à montagem do tapume.

Item 2.10 - Barraco

Destacamos que há uma inconsistência no Item 2.10 - Barraco para formas e aço constante na planilha do edital. Conforme verificado, a área indicada para essa estrutura é de apenas 20m², o que se revela insuficiente para a execução dos painéis de forma, corte e dobra de aço necessários para a obra em questão.

É importante ressaltar que a obra em questão se trata de uma rua coberta, o que implica em uma demanda maior de ferragem e caixaria. Considerando o porte e a complexidade desse tipo de projeto, é imprescindível contar com um espaço adequado para a execução dessas atividades.

Nesse sentido, ressalvamos a necessidade de uma área mínima de 4x13m para o barraco de formas e aço, de modo a acomodar de maneira adequada todas as etapas de trabalho relacionadas à manipulação, corte e dobra de aço, bem como ao preparo das formas.

Diante disso, solicitamos que seja feita a devida revisão e ajuste no item em questão, incluindo a área mínima necessária para o barraco de formas e aço conforme mencionado. Essa correção é

essencial para garantir a adequada execução da obra, bem como para assegurar a eficiência e a qualidade dos serviços prestados.

Item 5.2 – Telha de fibrocimento

Destacamos uma lacuna no Edital e em seus anexos referente ao Item 5.2 - Telhamento com telha policarbonato 8mm. Não há especificação clara quanto ao tipo de policarbonato a ser utilizado, se alveolar, compacto ou prismático. Essa informação é de extrema importância, uma vez que diferentes tipos de policarbonato possuem características e propriedades distintas, o que pode impactar significativamente no valor de execução dos serviços.

A falta de clareza nesse ponto acarreta uma grande interferência na definição do valor dos serviços, já que cada tipo de telha de policarbonato possui custos diferentes. Além disso, a escolha do tipo de policarbonato também influencia no desempenho e na durabilidade do telhamento, o que torna imprescindível a sua correta especificação.

Veja-se as diferenças:

Policarbonato Alveolar: É composto por várias camadas de polímero interligadas por câmaras de ar. Essas câmaras de ar conferem ao policarbonato alveolar sua principal característica, que é a capacidade de oferecer um bom isolamento térmico e acústico. Além disso, possui boa resistência mecânica, é leve e possui boa transmissão de luz.

Policarbonato Compacto: Diferentemente do alveolar, o policarbonato compacto é uma placa sólida e não possui câmaras de ar. Ele é caracterizado por ser mais resistente e ter maior rigidez em comparação com o alveolar. Também possui boa transmissão de luz e é utilizado em aplicações que requerem maior resistência física, como coberturas de alto impacto e fechamentos laterais.

Policarbonato Prismático: Essa variação de policarbonato possui uma superfície prismática, que auxilia na difusão da luz e reduz o brilho excessivo. É amplamente utilizado em aplicações que necessitam de controle de luminosidade, como coberturas em estufas, claraboias e fachadas de edifícios.

Cada tipo de policarbonato possui vantagens e aplicações específicas. A escolha entre alveolar, compacto ou prismático depende das necessidades do projeto em termos de isolamento térmico, resistência mecânica, transmissão de luz e outros requisitos. Portanto, é essencial que a especificação do tipo de policarbonato seja claramente definida no edital para garantir a correta execução da obra e a adequada precificação dos serviços.

Diante disso, solicitamos que a Administração esclareça e especifique no Edital e seus anexos qual o tipo de policarbonato a ser utilizado no telhamento, seja ele alveolar, compacto ou prismático. Essa informação permitirá uma correta precificação dos serviços e garantirá que todos os licitantes estejam em igualdade de condições ao cotar o item em questão.

Item 5.4 – Forro Lambri

Apontamos uma falha no Item 5.4 - Forro Lambri, presente na composição do edital. Embora o item faça menção ao forro em si, não há especificação ou inclusão da estrutura necessária para sua correta fixação. É importante ressaltar que a estrutura de fixação desempenha um papel fundamental na estabilidade e durabilidade do forro, garantindo sua adequada instalação e desempenho ao longo do tempo.

A ausência de informações claras sobre a estrutura de fixação compromete a finalidade e a funcionalidade do forro lambri, pois sua instalação adequada depende da correta aplicação da estrutura. Além disso, a falta de detalhamento quanto aos materiais, dimensões e métodos de fixação impede que os licitantes compreendam e cote corretamente os custos envolvidos na execução desse item.

Portanto, solicitamos que sejam fornecidas as devidas especificações técnicas e orientações claras referentes à estrutura de fixação do forro lambri. Essas informações são indispensáveis para garantir a qualidade, a segurança e a conformidade do serviço a ser realizado, além de permitir uma avaliação precisa dos custos envolvidos e a correta elaboração das propostas.

Ressaltamos a importância de uma licitação transparente e justa, na qual todas as informações necessárias sejam disponibilizadas de forma clara e completa. Essa medida contribui para a igualdade de oportunidades entre os licitantes, a garantia da qualidade dos serviços contratados e o cumprimento das normas legais e técnicas aplicáveis.

Item 6.2 - Tubo PVC 200 Série R

Identificamos uma inconsistência no Item 6.2 - Tubo PVC 200 série R, presente na composição apresentada pela prefeitura. Ao analisarmos a documentação disponibilizada, constatamos que o referido item não foi devidamente incluído na composição, o que gera incertezas e insegurança quanto à execução adequada do projeto.

Embora o esclarecimento apresentado pela prefeitura indique que a omissão do tubo PVC representa menos de 1% do valor total da obra, ressaltamos que é responsabilidade da administração fornecer informações claras e detalhadas (art. 6º, IX, 'b' e 'f', art. 7º, §2º, II e art. 47, todos da Lei 8.666) sobre todos os itens necessários para a correta execução do empreendimento. Afinal, a administração teve todo o tempo necessário para planejar, orçar e cotar as composições, ao contrário dos licitantes, que dependem dessas informações para elaborar suas propostas de maneira precisa e competitiva.

Além disso, vale ressaltar que o certame foi contratado por empreitada global, o que implica na necessidade de corrigir quaisquer distorções ou omissões identificadas nessa etapa do processo licitatório. A ausência do tubo PVC 200 série R na composição pode acarretar impactos significativos na execução dos serviços, tanto em termos técnicos quanto financeiros, e comprometer a qualidade e a conformidade do resultado final.

Diante do exposto, solicitamos que a prefeitura retifique a composição e inclua devidamente o item referente ao tubo PVC 200 série R, fornecendo as informações necessárias para que os licitantes possam cotar corretamente os valores e planejar adequadamente a execução dos serviços. É imprescindível que a administração garanta a transparência, a igualdade de oportunidades entre os participantes e a conformidade com as exigências legais e técnicas aplicáveis.

Reforçamos a importância de uma licitação justa, em que todas as informações estejam disponíveis de forma clara e completa, permitindo que os licitantes ofereçam propostas competitivas e atendam aos requisitos estabelecidos. Isso contribui para a obtenção da melhor solução para o projeto e a efetiva utilização dos recursos públicos.

Da necessidade do adequado detalhamento das composições e planilhas orçamentárias

Importante esclarecer ainda, que a obra será licitada na modalidade de execução de empreitada por preço global, nos termos do art. 47 da Lei Federal nº 8.666.

Em regra referida, modalidade de empreitada já contempla integralmente quaisquer soluções necessárias, afinal, contrata-se a obra pronta e acabada para ser entregue à Administração Pública, não havendo que se invocar eventuais omissões ou surpresas no decorrer da execução contratual, sendo portanto o momento adequado o presente, de impugnação do Edital.

Neste sentido o TCU se manifestou através do Acórdão 1.977/2013 do Plenário que apontou **a possibilidade de termo aditivo em caso de erros e omissões relevantes (acima de 10%¹ do valor total do contrato)** para o orçamento global da obra, reforçando a dicção do art. 47² da Lei 8.666, das quais destacamos as seguintes ponderações relevantes:

A **dicotomia em questão está em balancear a idealização da empreitada global com a vedação do enriquecimento sem causa**. Não seria concebível que falhas na elaboração do edital redundem, com justa causa, em um superfaturamento. Tampouco a Administração poderia se beneficiar de erro que ela própria cometeu, pagando por um produto preço relevantemente inferior que o seu justo preço de mercado. Erro preliminar da própria Administração, independentemente do tipo de empreitada, não pode redundar em ganhos ilícitos; porque se ilícito for, o enriquecimento de uma parte, em detrimento de outra, sem causa jurídica válida, faz-se vedado.

A depender do "erro", não obstante a assunção de riscos quantitativos pela contratada (decorrente pela própria forma global de medição), **pode haver um vício intransponível no edital, a ser necessariamente corrigido. Erro não é sinônimo de imprecisão** (esta sim tida como álea ordinária nas empreitadas globais).

(...)

De toda essa digressão, resume-se que, de **pequenos erros quantitativos, não decorrerão termos aditivos em empreitadas globais**, por se tratarem de erros acidentais, incapazes de interferir na formação de vontades e, principalmente, na formação de proposta a ser ofertada, a ser tida como a mais vantajosa. Indicação contrária também tornaria o regime de empreitada global em desuso, posto que, na prática, toda obra seria executada como se preço unitário fosse.

Erros de materialidade relevante (por erros substanciais) sujeitam-se a um juízo acurado de valor, que envolverá, também, além das consequências financeiras – em termos de materialidade – a avaliação culposa da contratante, em um juízo de boa-fé objetiva.

Na realidade, quando a Administração erra ao subestimar consideravelmente as quantidades (e consequentemente, preços), a ponderação acerca da nulidade da relação contratual – a ser eventualmente convalidada via termo aditivo – deve se pautar pela exigibilidade da percepção da falha pela parte lesada (a contratada); até mesmo para evitar um dolo negativo do particular, com o objetivo de obter proveito próprio.

(...)

Também **não julgo adequada a regra universal, recorrentemente observada em auditorias, de que "todo e qualquer erro será risco da contratada"**. Tal opção, avalio, não é a que mais atende o interesse público, por menos garantir a "melhor proposta" como resultado do certame. **TAIS FALHAS CAPITAIS IMPLICAM A APRESENTAÇÃO DE PREÇOS PARA UMA OBRA DESVINCULADA DO OBJETO REAL PRETENDIDO.** O valor ofertado deve se referir ao empreendimento almejado, não ao negócio fictício licitado. Ademais, pelo que discorri, haveria dúvidas quanto à

¹ Em exemplo, os contratos podem, com simplicidade, objetivar que erros unitários de quantidade de até 10% não sejam objeto de qualquer revisão. Menos que isso, esses erros acidentais serão álea ordinária da contratada. Para que não haja incontáveis pedidos de reequilíbrio decorrentes de serviços de pequena monta, pode-se, ainda, definir que somente serviços de materialidade relevante na curva ABC do empreendimento incorrerão como tarja de "erro relevante". **Mantém, assim, a lógica da medição por preço global, ao mesmo tempo em que se veda o enriquecimento sem causa de qualquer das partes, sem ferir o princípio fundamental da obtenção da melhor proposta.** Situação parecida foi tomada por esta Corte ao apreciar o Acórdão 2929/2010-TCU-Plenário, quando julgou regular cláusula semelhante. Acredito que outras soluções sejam possíveis.

² Esse completo conhecimento do objeto se faz prejudicado **em obras que carreguem uma imprecisão intrínseca e relevante de quantitativos**. Daí a preferência pelo preço unitário.

legalidade da licitação feita sob esse erro substancial. Se ignorada a boa-fé objetiva, em avaliação do licitante médio e diligente, tal cláusula carregaria conteúdo de lesividade que, por excessiva, também se predisporia à anulação.

E não se alegue que os "quantitativos reais" jaziam nas pranchas gráficas disponíveis aos licitantes. O poder público, na fase interna da licitação, dispôs de meses para avaliar corretamente as quantidades. Não se pretenda que, em alguns dias, em empreendimentos que não raramente ultrapassam a centena de milhões de reais, os particulares tenham as mesmas condições de devassar os quantitativos tal qual os gestores poderiam fazê-lo. Existe, no mínimo, uma indução ao erro, a pesar nessa avaliação de boa-fé objetiva.

Ora, não se trata de pequena adequação, mas sim de adequação que se não realizada neste momento poderá reverberar no futuro, sendo de responsabilidade da administração pública a ponderação de todos os itens integrantes no certame, afinal, quaisquer alterações até 10% da obra estão presumidamente embutidos no custo global do certame.

Há erro perceptível a licitante, que deve ser adequadado. Afinal, posteriormente a administração pode negar qualquer adequação nos preços por inexistir relevância dos mesmos na execução da obra.

A impugnante ainda aponta necessidade de modificações nas especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos, evitando-se posteriores aditivos que poderiam ser saneados nesta etapa.

Prazo para assinatura do contrato

O art. 40, II, da Lei 8.666 prevê que o Edital deve dispor quanto aos prazos para assinatura do contrato, entretanto o instrumento nada aduz nesse sentido, unicamente constando referência na minuta do contrato. Situação que deve ser melhor instruída.

Previsão de sanção proporcional à parcela inadimplida

A aplicação do direito administrativo sancionador deve permear-se da proporcionalidade e razoabilidade ao caso concreto, destaque-se que o próprio art. 87 da Lei Federal nº 8.666 possui uma gradação das sanções, que deve ser observado pelo agente público na aplicação de eventual sanção.

A doutrina, a este respeito, aduz que não seria razoável nem proporcional punir faltas leves praticadas pelos licitantes ou contratantes apenas com a sanção de inidoneidade.

Homenageando o “**Princípio da Proporcionalidade**“, é possível valer-se da penalidade de advertência, previstas na Lei n. 8666/93, a faltas leves praticadas em procedimento regido pela Lei n. 10.520/02.

Vejamos o que nos ensina o Mestre Niebuhr (2004, p. 200):

“... para **harmonizar o princípio da legalidade e o da proporcionalidade (grifo nosso) os agentes administrativos devem interpretar o art. 7º da Lei 10.520/02 de maneira ponderada**, evitando que ele seja utilizado com excessos, para situações que não merecem tamanha reprimenda.

Quer-se dizer que os agentes administrativos, conquanto devem obediência ao prescrito no art. 7º da Lei 10.520/02, **devem também interpretá-lo de modo consoante aos demais princípios jurídicos informadores da matéria**, entre os quais merece destaque o da proporcionalidade. Logo, a referida penalidade, por ser extremamente gravosa, deve ser aplicada somente nos casos em que se percebe ou há indícios de que o licitante faltoso tenha agido de má-fé tentando arditosamente participar de licitação do qual, de antemão, sabia que não cumpriria os resultados da licitação.”

Com efeito, a interpretação no sentido de que o art. 7º da Lei n. 10.520/02 prefere às penalidades do art. 87 da Lei n. 8666/93 não é infirmada com a possibilidade de aplicação das penas mais brandas que a estabelecida na lei do pregão, posto que tal entendimento visa assegurar ao administrador a observância de princípios administrativos, dentre eles o da proporcionalidade e razoabilidade, **com possibilidade de o fato punível ser apenado adequadamente: para uma infração branda, uma penalidade branda; para uma infração grave, uma penalidade grave.**

É certo que a Lei n. 8666/93 pode ser aplicada subsidiariamente ao procedimento licitatório do Pregão, entretanto isso se dará apenas em caso de lacuna da lei especial.

Tal entendimento, ademais, é uma decorrência da observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Nas palavras do Prof. Marçal³.

“A imposição de qualquer sanção administrativa pressupõe o **elemento subjetivo da culpabilidade**. No Direito Penal democrático não há responsabilidade penal objetiva – ainda quando se possa produzir a objetivação da culpabilidade. Mas é essencial e indispensável verificar a existência de uma conduta interna reprovável. Não se pune alguém em virtude da mera ocorrência de um evento material indesejável, mas se lhe impõe uma sanção porque atuou de modo reprovável.”

Em regra, deve-se presumir a **BOA FÉ** da empresa, não dando espaço a penalidades, que são aplicáveis somente a empresas fraudulentas, o que sequer se discute nesta etapa. Desta forma deve-se

³ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 1012

atentar para a adequada redação do Edital para aplicação das penalidades, caso ocorra alguma situação indesejável.

Há importantes decisões judiciais sobre o tema, especialmente para manter a continuidade do funcionamento de empresas, no caso de penalidades desproporcionais:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. CREA. **LICITAÇÃO. PENALIDADE. APLICAÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE.** Embora a Administração Pública disponha de discricionariedade nas escolhas das sanções a serem aplicadas, ao Poder Judiciário compete intervir em caso de ilegalidade do ato administrativo (desproporcionalidade). (TRF-4 - APL: 50080255520164047000 PR 5008025-55.2016.404.7000, Relator: FERNANDO QUADROS DA SILVA, Data de Julgamento: 30/05/2017, TERCEIRA TURMA, #43265495) #3265495

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS JUNTO À CAESB. FRACIONAMENTO DAS ATIVIDADES COM A OBRIGAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE RELATÓRIO FINAL. **APLICAÇÃO DE MULTA POR ATRASO SOBRE A INTEGRALIDADE. READEQUAÇÃO PARA INCIDIR SOBRE A PARCELA INADIMPLIDA.** PROVA PERICIAL REALIZADA. **OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.** 1. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se fundamentam no princípio da legalidade, de sorte que uma providência desarrazoada revela-se desbordante dos limites legais, autorizando-se o controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário. 2. Considerando a complexidade do tema, razoável a produção de prova pericial como forma de dirimir a controvérsia acerca dos serviços efetivamente prestados, bases de cálculo aplicadas como penalidade, cumprimento dos prazos para a apresentação do relatório detalhado, tudo conforme Termo de Referência utilizado no contrato administrativo elaborado entre o consórcio integrado pelas empresas demandantes e a CAESB, que consiste no documento elaborado a partir dos estudos técnicos preliminares, que deve conter os elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar o objeto da licitação. 3. Demonstrado que substanciais etapas do objeto do contrato foram adimplidas, sendo os relatórios finais devolvidos apenas para eventual correção de inconsistências julgadas unilateralmente pela Sociedade demandada, não há de se falar em descumprimento total das obrigações, como forma de se atrair a penalidade de multa diária por dia de inadimplemento. 4. **Uma vez que a multa incidiu de forma desproporcional, violando-se os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora atendidos o devido processo legal e a ampla defesa no processo administrativo que a consolidou, justifica-se a sua readequação ao cenário efetivamente ocorrido no cumprimento do contrato administrativo, tendo em vista se tratar de excesso que ultrapassa as próprias prerrogativas contratuais toleráveis em favor da administração pública.** 5. Apelação não provida. Sentença mantida. (TJ-DF 07070508320188070018 DF 0707050-83.2018.8.07.0018, Relator: ARQUIBALDO CARNEIRO PORTELA, Data de Julgamento: 22/04/2020, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 07/05/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Referido **entendimento do TJDFT reflete exatamente a posição adotada pelo TCU no Acórdão 715/2021-Plenário**, proferido dia 31/03/2021, de que a sanção deve restringir-se as parcelas inadimplidas.

Portanto, com vistas a adequada aplicação do entendimento do TCU no Acórdão 715/2021-Plenário o Edital deve ser adequado para que **a base de cálculo de eventual sanção deve restringir-se à parcela inadimplida.**

No caso em apreço, a pena que se pretende aplicar (sobre o valor total do contrato) pode levar à extinção da empresa a depender da inadimplência. Trata-se da necessária observância à previsão legal da proporcionalidade disposto no art. 2º da Lei que Regula o Processo Administrativo - Lei nº 9784/1999:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
(...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Para Joel de Menezes Niebuhr⁴, **a sanção deve estar intimamente atrelada às circunstâncias do ato**, em observância ao princípio da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade aplica-se sobre todo o Direito Administrativo e, com bastante ênfase, em relação às sanções administrativas. [...]. Ao fixar a penalidade, a Administração deve analisar os antecedentes, os prejuízos causados, a boa ou má-fé, os meios utilizados, etc. Se a pessoa sujeita à penalidade sempre se comportou adequadamente, nunca cometeu qualquer falta, a penalidade já não deve ser a mais grave. **A penalidade mais grave, nesse caso, é sintoma de violação ao princípio da proporcionalidade.**

Em sintonia com este entendimento, Alexandre de Moraes⁵ esboça a relevância da conjuntura entre razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, em especial nos que refletem em penalidades:

O que se exige do Poder Público é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na **aplicação de medidas restritivas e sancionadoras; estando, pois, absolutamente interligados, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.**

Assim, considerando a possível desproporcionalidade da pena, bem como boa-fé do licitante que deve ser observada, tem-se a necessária ponderação para aplicação da sanção, sob pena de

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Ed. Fórum: 2011, p. 992.

⁵ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, ed. Atlas, São Paulo, 2004, 4ª edição, p. 370.

graves prejuízos à empresa e a toda coletividade que está vinculada a esta atividade, especialmente quando tratamos de empregos e relações comerciais locais.

Critério de reajuste equivocado

Ainda, na mesma linha do já arguido o Edital em suas cláusulas não prevê nada à respeito do reajuste, prevendo unicamente na Cláusula 9.3, que condiciona eventual reajuste ao decurso do prazo de 12 meses do contrato e não da apresentação da proposta ou da planilha orçamentária, como faculta a legislação de regência.

O art. 40, XI da Lei de Licitações dispõe que **o Edital deve prever o critério de reajuste entre a data da proposta ou do orçamento estimado:**

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

*XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, **desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir**, até a data do adimplemento de cada parcela;* (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Referida disposição é seguida pela Lei Federal nº 10.192:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

*§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo **será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir**.*

Ocorre que vige no Estado do Rio Grande do Sul a Súmula nº 01⁶ do TCE-RS que dispõe que os preços dos contratos administrativos podem ser reajustados em função do custo de produção ou da variação no preço de insumos utilizados, tendo como fundamento o disposto na Lei Federal nº 6.423, veja-se:

Os preços constantes dos contratos administrativos celebrados pelo Estado podem ser reajustados, em função do custo de produção ou da variação no preço de insumos utilizados, mediante comprovação ou aplicação de fórmula adequada a índices próprios, uma vez configuradas as hipóteses previstas no artigo 2º da Lei Federal nº 6423, de 17-6-77.

⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Súmula nº 01. Disponível em: <<https://portal.tce.rs.gov.br/app/pesquisa/jurisprudencia/resultados>>. Acesso em 24 fev 2023.

Ora, referida posição Sumulada decorre de norma federal aplicável ao presente caso que assim dispõe:

*Art. 2º O disposto nesta Lei não se aplica aos contratos pelos quais a empresa se obrigue a vender bens para entrega futura ou a **prestar ou fornecer serviços a serem produzidos, cujo preço poderá reajustar-se em função do custo de produção ou da variação no preço de insumos utilizados.***

Nesse sentido, a despeito da faculdade da norma geral de licitações, a norma especial que trata dos contratos administrativos e seu reajuste, com aplicação sumulada no Rio Grande Sul impõe a consideração do custo de produção ou variação no preço dos insumos utilizados, reforçando, portanto, o entendimento de aplicação do reajuste a partir da data do orçamento estimado, sendo imperiosa a ponderação à partir de Outubro/2022, data da Tabela SINAPI utilizada e cuja variação pelo INCC deve ser considerada.

Portanto, cabe a autoridade que decidiu explicitar as razões de aplicabilidade ou inaplicabilidade da Súmula em questão, nos termos do art. 56, §3º, da Lei Federal nº 9.784, bem como atribuir maior segurança jurídica aos administrados, nos termos do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Por fim, a corroborar é necessário destacar que há entendimento do TCU que aponta que a data base para fins de reajuste deve ser a data do orçamento estimado (Acórdão 19/2017-Plenário⁷), em que se expediu a seguinte recomendação:

*(...) em futuras licitações de obras públicas, quando se demonstrar demasiadamente complexa e morosa a atualização da estimativa de custo da contratação, **adote como marco inicial para efeito de reajustamento contratual a data-base de elaboração da planilha orçamentária**, nos termos do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e do art. 3º, §1º, da Lei 10.192/2001; (...).*

Referido precedente já fora confirmado pelo TCU, veja-se:

*"Embora a Administração possa adotar, discricionariamente, dois marcos iniciais distintos para efeito de reajustamento dos contratos de obras públicas, 1) a data limite para apresentação das propostas ou 2) a data do orçamento estimativo da licitação (artigo 40, inciso XI, da Lei 8.666/1993 e artigo 3º, §1º, da Lei 10.192/2001), **o segundo critério é o mais adequado, pois reduz os problemas advindos de orçamentos desatualizados em virtude do transcurso de vários meses entre a data-base da estimativa de custos e a data de abertura das propostas**". (Acórdão 2265/2020-Plenário, relator: Benjamin Zymler).*

⁷ TCU. Acórdão nº 19/2017-Plenário. Disponível em: <<https://gepam.adm.br/ead/tcu-para-efeito-de-reajustamento-dos-contratos-data-do-orcamento-estimativo-da-licitacao-e-o-criterio-mais-indicado-pois-reduz-os-problemas-advindos-de-orcamentos-desatualizados/>>. Acesso em 24 fev. 2023.

Aliás, referida posição é referendada pela novel Lei de Licitações, Lei Federal nº 14.133, através do §7º do art. 25:

"Artigo 25. omissis

(...)

*§7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a **previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado** e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos."*

Como se vê, a despeito da faculdade conferida pela Lei 8.666 é necessário realizar a interpretação do dispositivo à luz das jurisprudências e demais legislações, evitando-se problemas advindos de orçamentos desatualizados, como já apontado, especialmente para dar maior segurança aos licitantes e administrados, como dispõe a LINDB.

Portanto, **requer a adequação do edital para dispor que caberá o reajuste tendo como termo inicial a data da planilha orçamentária**, conforme dispõe a legislação e jurisprudência *supra* invocada.

Do pagamento

O art. 40, XI da Lei de Licitações dispõe que **o Edital deve prever as condições de pagamento, citando como prazo limite o prazo de 30 dias, bem como critério de atualização financeira dos valores a serem pagos e compensações financeiras e penalizações:**

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XIV - condições de pagamento, prevendo:

- a) **prazo de pagamento não superior a trinta dias**, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
- b) **cronograma de desembolso máximo por período**, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
- c) **critério de atualização financeira dos valores a serem pagos**, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
- d) **compensações financeiras e penalizações**, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
- e) exigência de seguros, quando for o caso;

Ocorre que ao prever a penalidade por atrasos, preverá a aplicação do INPC e fixara os juros de mora em 0,2% a.m., aplicando-se índice distinto do INCC que não calcula o adequado reflexo da inflação, bem como juros de mora que praticamente financiam a administração pública no custeio da obra.

Desta forma pugna pela adequação do edital com aplicação da correção monetária pelo INCC e com juros de mora de 1% ou no mínimo de taxa SELIC.

Assim, pelas razões acima expostas, impedir o cadastramento e a participação da impetrante no certame com base no requisito acima referido é flagrantemente ilegal.

DOS PEDIDOS

Pelo exposto, **REQUER**:

- a) O recebimento da presente **IMPUGNAÇÃO**, posto que tempestiva;
- b) No **MÉRITO** pelo **PROVIMENTO DA IMPUGNAÇÃO** pela fundamentação acima esposada, readequando-se o ato convocatório;
- c) Em caso de improcedência, desde já solicita a **REVISÃO SUPERIOR DA DECISÃO EM QUESTÃO**, nos termos do art. 56 da Lei Federal nº 9.784;
- d) Requer que o julgamento do presente se dê nos termos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto Lei nº 4.657, especialmente aquelas decorrentes da Lei Federal nº 13.655;
- e) Outrossim, requeremos o envio dos autos do processo digitalizados para o e-mail: engenharia@bragagnoloconstrucoes.com.br para fins de verificação das irregularidades do presente certame licitatório.

Nestes Termos, pede deferimento

Erechim, RS, 14 de julho de 2023.

N. M. B. CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA
CNPJ nº. 37.406.334/0001-70
p.p. André William Chormiak, OAB/GO 61.922