

A COMISSÃO MUNICIPAL DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE XANXERÊ, SC

Ref. Tomada de Preços nº 019/2023

Data 31/10/2023 às 09hrs

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, através de seu advogado, 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

pelos seguintes fatos e fundamentos.

DOS FATOS

A Prefeitura Municipal de Xanxerê publicara Edital visando a contratação de empresa para realizar a **Execução de serviços de construção, com fornecimento de material e mão de obra, destinados a execução de quadra poliesportiva coberta na EMEB Nery Gianchini** incluindo fornecimento de material e mão de obra, segundo as condições previstas neste edital e em seus anexos.

Entretanto referido edital não observa a integralidade do art. 30, §1º, I e §2º, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade,

quanto as parcelas de relevância e proporcionalidade das sanções a serem aplicadas.

Desta forma é a presente **IMPUGNAÇÃO** para adequação das regras do certame da municipalidade.

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 N° 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.

DO DIREITO

Da necessidade de definição das parcelas de relevância

De acordo com o §1º do Art. 30 da referida lei, na licitação de obras e serviços, a comprovação de aptidão técnico-profissional pode ser exigida mediante atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes. No entanto, é importante notar que as exigências devem ser limitadas às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, como dispõe a norma:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às **parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação**, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

A Súmula TCU 263 também corrobora essa possibilidade ao afirmar que a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes é legal, desde que limitada às parcelas de **maior relevância e valor significativo** do objeto a ser contratado. A súmula destaca que essa exigência **deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.**

O Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário complementa o entendimento ao orientar que a unidade jurisdicionada deve apresentar a devida motivação da decisão administrativa ao exigir quantitativos mínimos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes. Essa motivação deve evidenciar que a **exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame.**

Nesse contexto, no caso específico da licitação de execução de quadra poliesportiva coberta com valor estimado de R\$ 1.962.651,49 ao exigir a comprovação de execução de serviços de Sistema Preventivo de Combate de Incêndio Saída de Emergência e Iluminação de Emergência, nos quantitativos de 459,11m² cada, não possuem sequer valor significativo a atender o dispositivo legal, bem como as metragens encontram-se superdimensionadas.

Veja-se que Sistema de Proteção de Incêndio (Item 16 do Orçamento, possui valor total de R\$ 2.102,73) corresponde a menos de 0,11% do valor da obra, demonstrando inequivocamente que tal parcela não detém valor significativo.

A definição de quantitativos mínimos para comprovação da experiência em serviços semelhantes é pertinente, desde que limitada às atividades de **maior relevância e valor significativo** do objeto da licitação. O que simplesmente não se demonstra.

É de se destacar que a redação legal é aditiva ‘e’ ao tratar quanto a maior relevância e valor significativo, ou seja, não basta ser de valor significativo ou relevante é necessário e imperativo legal que seja ambos os pontos da parcela de relevância.

Neste sentido é a jurisprudência do TCE-SC:

RECURSO DE REEXAME. LICITAÇÕES. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. VIABILIDADE LEGAL. CONHECIMENTO. PROVIMENTO. A lei de licitações admite a possibilidade de o edital exigir a comprovação de qualificação técnica para os serviços que constituem parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto. (Acórdão 161, REC: 1801039035 - Administração do Porto de São Francisco do Sul – APSFS, 29/04/2020 | Plenário | SABRINA NUNES IOCKEN)

Desta forma o item 5.4.1 do Edital, deve ser revisto para retirar as exigências de capacitação técnico-operacional e técnico-profissional de Sistema Preventivo de Combate de Incêndio – Saída de Emergência e Iluminação de Emergência, por não denotar parcela de maior relevância técnica e valor significativo do objeto.

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.

Tal entendimento, ademais, é uma decorrência da observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Nas palavras do Prof. Marçal¹.

“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.”

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

¹ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012, p. 1012

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 correição 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 em seu item 13.1 e 13.3 deve ser adequado para que **a base de cálculo de eventual sanção deve restringir-se à parcela inadimplida** e não a totalidade do contrato.

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 Niebuhr², **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 Moraes³ esboça a relevância da conjuntura entre razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos, em especial nos que refletem em penalidades:

² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Ed. Fórum: 2011, p. 992.

³ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**, ed. Atlas, São Paulo, 2004, 4ª edição, p. 370.

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

Desta forma é a presente para requerer o que segue.

DOS PEDIDOS

Pelo exposto, **REQUER:**

- a) O recebimento da presente **IMPUGNAÇÃO**, posto que tempestiva;
- b) No **MÉRITO** pelo **PROVIMENTO DA IMPUGNAÇÃO** pelas fundamentações acima esposadas.
- c) A **POSTERGAÇÃO DO CERTAME COM REABERTURA DO PRAZO**, considerando que as impugnações levadas a cabo alteram a formulação das propostas;
- 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;

Nesses termos, pede deferimento.

Erechim, RS, 24 de outubro de 2023.

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