



**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**  
**PRESIDÊNCIA**  
**SECRETARIA DAS SESSÕES**

**URGENTE**

**Ofício nº 8719/2018-GP**

Brasília-DF, 03 de Outubro de 2018.

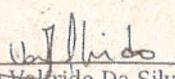
Senhor Diretor-Geral,

Em conformidade com o art. 5º da Portaria-TCDF nº 7/2017, publicada no DODF de 05.01.17, cumpre-me dirigir a Vossa Senhoria para encaminhar, em anexo, cópia do inteiro teor do Despacho Singular nº 278/2018-MA, com o(s) documento(s) e/ou processo(s) nele(a) indicado(s), proferido pelo CONSELHEIRO MANOEL PAULO DE ANDRADE NETO, Relator do Processo nº 31430/2018-e.

Na oportunidade, informo que o(s) documento(s) relacionado(s) ao mencionado processo, quando disponível(is) para consulta, encontra(m)-se no endereço eletrônico do TCDF, <http://www.tc.df.gov.br>, pesquisando processo pelo número, na aba "Peças".

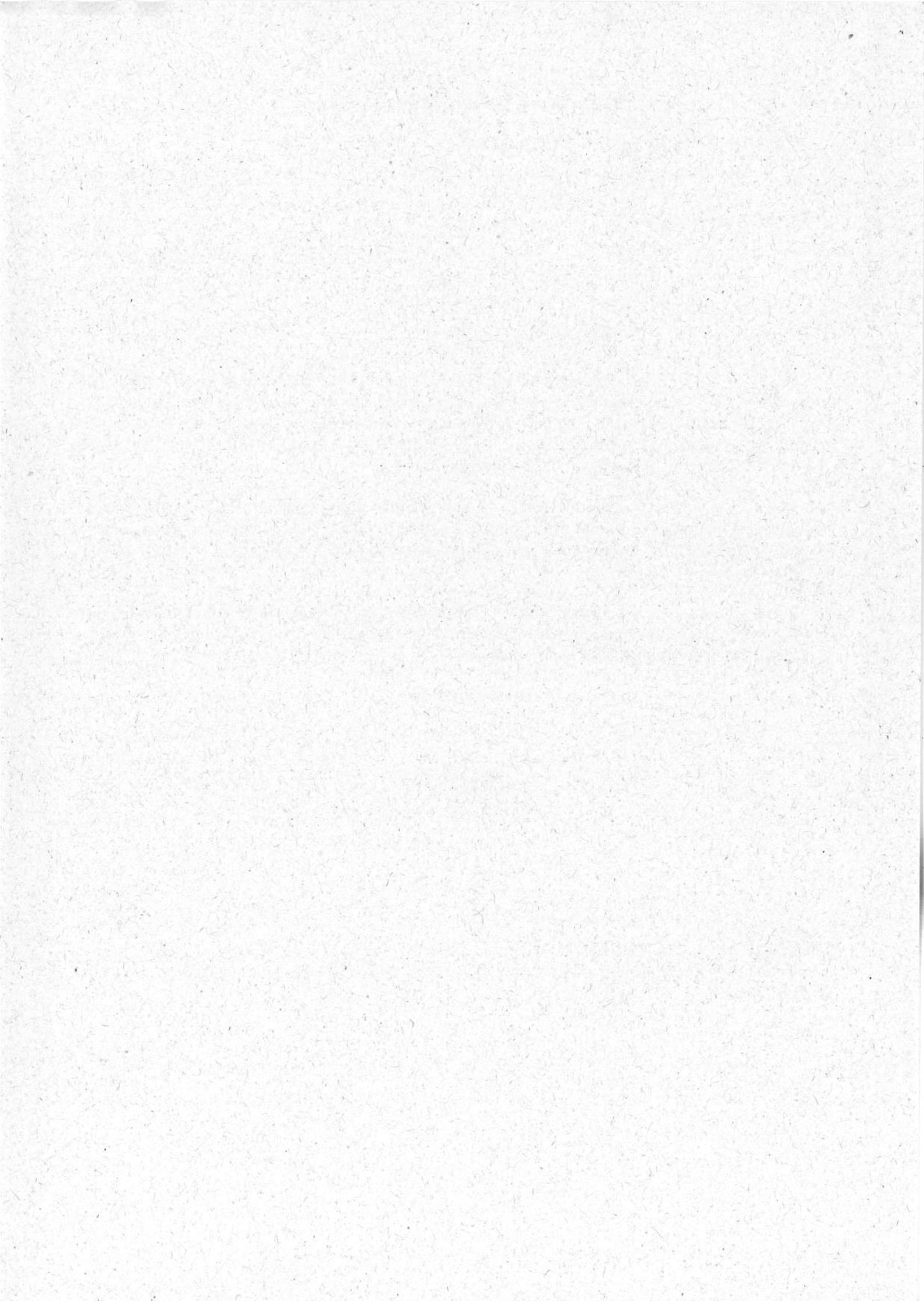
Informo, ainda, que as futuras tramitações dos autos em exame poderão ser acompanhadas mediante cadastramento no sistema TCDFPush ([www.tc.df.gov.br](http://www.tc.df.gov.br) - Espaço do Cidadão - Acompanhamento por e-mail).

Atenciosamente,

  
José Valrido Da Silva  
Secretário das Sessões

Ao Senhor  
MÁRCIO AUGUSTO ROMA BUZAR  
Diretor-Geral do Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal - DER  
Brasília - DF

jobps





**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**  
**Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**

**Processo n.º:** 31430/2018-e

**Jurisdicionada:** Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DER/DF

**Assunto:** Representação

**Ementa:** Representação conjunta SINDUSCON/ASBRACO acerca de irregularidade no Edital do Pregão Eletrônico nº 80/2018-DER/DF. **Nessa fase:** Análise de admissibilidade. Unidade Técnica manifesta-se pelo conhecimento e concessão de prazo à Jurisdicionada. Pelo conhecimento da representação, sem concessão cautelar, e determinação à Jurisdicionada para que se abstenha de homologar/adjudicar o objeto do certame até ulterior deliberação desta Corte.

**DESPACHO SINGULAR Nº. 278/2018 – GCMA**

Cuidam os autos de Representação conjunta entre o SINDUSCON e a ASBRACO, acerca de possíveis irregularidades no âmbito do Edital do Pregão Eletrônico nº 80/2018-DER, que tem por objeto a *“contratação de empresa especializada na execução dos serviços de recuperação, revitalização e manutenção continuada de Obras de Arte Especiais – tipo passarela, conforme especificações e condições no anexo I do edital”*.

A Unidade Técnica, mediante a Informação nº. 152/2018 – 3ªDIACOMP, pontua que os Representantes apontam como irregularidades ocorridas no âmbito do citado certame:

- uso indevido da modalidade pregão, já que os serviços a serem executados caracterizam-se ou como obras de engenharia ou como serviços especializados de engenharia, não contratáveis por meio de pregão, nos termos do art. 5º do Decreto Federal nº 3.555/2000 e art. 6º do Decreto Federal nº 5.450/2005. O



**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**  
**Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**

uso de pregão violaria o princípio da isonomia, por permitir que empresas não especializadas sejam contratadas;

- o Edital não especificaria de modo objetivo e suficiente os critérios de comprovação de qualificação técnica profissional e operacional das licitantes. Exige-se a comprovação de execução de objeto compatível com o da licitação, mas não se especifica, objetivamente, o que será considerado compatível, havendo o risco de que a futura contratada não tenha a necessária qualificação técnica;
- os itens do Edital e da minuta de contrato referentes ao reajuste apresentariam redação dúbia, pois rezam que o contrato "poderá ser reajustado após transcorrido 1 (um) ano de sua vigência", em vez de afirmarem categoricamente que os contratos serão reajustados. Além disso, a Cláusula 11.2 da minuta de contrato faz alusão ora ao instituto da repactuação (revisão), ora ao do reajuste, gerando incerteza sobre qual instrumento de correção de preços será aplicado;

Registra que, após apresentarem jurisprudência e doutrina como forma de corroborar seu entendimento, bem como após discorrerem sobre a necessidade de suspensão cautelar do certame e a presença dos requisitos necessários à concessão da liminar para tanto, os Representantes requerem desta Corte que:

*a) Seja suspensa, cautelarmente, a sessão pública agendada para 03 de outubro de 2018, 09h15min, até ulterior reformulação do Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF;*

*b) No mérito, haja a revogação ou anulação do Edital de Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF, uma vez que a licitação em comento, na modalidade de pregão, do tipo eletrônico, não pode ser admitida, sob pena de flagrante lesão aos comandos da Lei n. 10.520/2002 e Decreto 3.555/2000, eivando-se, assim, de vício invencível do certame;*

*c) No mérito, haja a revogação ou anulação do Edital de Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF, uma vez que se mostra deficitário o seu Item 8.21 – Comprovação da Qualificação Técnica do Responsável Técnico – incisos VI e VII, visto que apresenta critério para comprovação da qualificação técnica notavelmente deficiente, devendo ser reformado para especificar, de forma objetiva, o que se considera como "obras compatíveis com o objeto licitado", assinalando as características, o vulto e a complexidade e, ainda, o quanti-julgamento;*

*d) No mérito, haja revisão da regra de reajuste contratual, para que seja observado os moldes previstos no caput e no §1º do artigo 3º da Lei n. 10.192/2001 e, especificamente, para estabelecer que os contratos "SERÃO" reajustados caso vigorem por mais de um ano;*



**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**  
**Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**

*e) No mérito, haja revisão do Item 12.1 da minuta de contrato para sejam criadas cláusulas diversas para tratar do reajustamento em sentido estrito e da repactuação (direito a revisão) ou, alternativamente, sejam excluídas as alíneas “f)” e “g)” do Item 11.2 da minuta de contrato.”*

Ao depois, assinala que os pedidos acima transcritos provavelmente padecem de erros materiais, e pontua que, pelo contexto, é possível inferir que:

- *“na letra “c”, ao mencionar o item 8.21 do Edital, o Representante provavelmente se refere ao item 8.2.1;”*
- *“na letra “e”, menciona-se o item 12.1 da minuta de contrato, inexistente. Possivelmente, o correto seria mencionar os itens 11.2 e 11.3 da minuta”.*

Posteriormente, após confirmar a presença dos requisitos necessários ao conhecimento da representação, elencados no artigo 230 do RI/TCDF, a Unidade Técnica conclui nos seguintes termos:

*“Por atender aos requisitos de admissibilidade indicados no art. 230 do RITCDF, a Representação em pauta pode ser conhecida por esta Corte, independentemente do que for decidido quanto ao pedido de medida cautelar.*

*Com o fito de viabilizar o futuro exame de mérito, cabe dar conhecimento da Representação ao DER, determinando-lhe a apresentação de circunstanciados esclarecimentos, com esteio no art. 123, § 3º c/c art. 230, § 7º do RI-TCDF.”*

Ao final, sugere ao eg. Plenário:

*“I - conhecer da Representação protocolada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do DF – Sinduscon-DF e pela Associação Brasiliense de Construtores – Asbraco, acerca do Edital do Pregão Eletrônico nº 80/2018- DER/DF;*

*II - deliberar quanto à concessão da medida cautelar solicitada;*

*III - determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do DF – DER/DF, com esteio no art. 123, § 3º do RI-TCDF, que, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente circunstanciados esclarecimentos quanto ao teor da Representação supracitada;*

*IV - autorizar o(a):*

*a) encaminhamento da Representação e desta Informação ao DER/DF, nos termos do art. 230, § 7º do RI-TCDF;*

*b) ciência da decisão que vier a ser proferida aos Representantes;*



**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**  
**Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**

*informando-os de que as futuras tramitações destes autos poderão ser acompanhadas mediante cadastramento no sistema TCDFPush ([www.tc.df.gov.br](http://www.tc.df.gov.br) – Espaço do Cidadão – Acompanhamento por email);*

*c) retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento para as providências cabíveis.”*

É o relatório.

Decido.

Após análise dos autos, constato a legitimidade dos Representantes, bem como observo o atendimento dos pressupostos de admissibilidade exigidos pelo parágrafo 2º do artigo 230 do RI/TCDF, vez que a situação foi devidamente caracterizada, estando a representação aviada redigida em linguagem clara e objetiva, contendo pedido certo e determinado, além da matéria em exame enquadrar-se nas competências do Tribunal.

Verifico, ainda, que foram indicados os princípios constitucionais e os dispositivos legais violados, bem como o potencial impacto lesivo do ato inquirido.

Nesse sentido, comungo do entendimento manifestado pelo órgão técnico no sentido de que a representação manejada merece ser conhecida, haja vista a presença de indícios que justifiquem uma atuação desta Corte.

Quanto ao pedido cautelar formulado, num juízo de cognição sumária, inerente ao momento processual, compulsando os documentos trazidos aos autos, em cotejo com as alegações constantes da peça exordial, não vislumbro, ao menos nesta análise superficial, a presença dos requisitos autorizadores para tanto.

Embora considere que as irregularidades apontadas merecem a devida atenção por parte deste Tribunal, os elementos constantes dos autos não são suficientes para fundamentar a adoção da referida medida tão draconiana.

Ressalte-se que a concessão da referida medida somente deve ocorrer em situações excepcionais quando retratados, concomitantemente, de modo potencializados, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, haja vista que, se assim não for, sua aplicação pura e simples pode banalizar o referido instituto descaracterizando-o.



**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**  
**Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**

Sublinhe-se que, dado o caráter de excepcionalidade absoluta que a permeia, para sua concessão faz-se necessário a constatação da coexistência dos pressupostos autorizares, o que não ocorre nos presentes autos.

Numa análise perfunctória dos autos, a princípio, não vejo descrita nenhuma situação objetiva de perigo, atual ou iminente, que justifique a concessão de medida; notadamente porque o mero receio de prejuízo não autoriza o deferimento de medida cautelar. Portanto, ausente o requisito do *periculum in mora*.

No tocante ao *fumus boni iuris*, apesar de identificar a existência de mínimos indícios, especialmente aqueles referentes aos requisitos para a qualificação técnica das licitantes, entendo que os mesmos não são suficientes para ensejar a adoção de medida cautelar, notadamente porque as exigências relativas à capacidade técnica, apesar de guardarem amparo constitucional, não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público, constituindo-se tão somente como garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais.

Todavia, é válido registrar que a inserção nos editais de licitação de exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, entretanto, não devem ser desarrazoadas a ponto de comprometer a natureza de competição que deve permear os processos licitatórios realizados pela Administração Pública. Em ambos aspectos, as exigências exigem motivação e demonstração técnica de que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.

Nesse sentido, ao menos neste primeiro e precário Juízo, destacando-se o caráter perfunctório do exame realizado, considerando que não restaram evidenciados, concomitantemente, os requisitos necessários a concessão de medida cautelar, alinho-me parcialmente ao propugnado pela área instrutiva, e **VOTO** no sentido de que o egrégio Plenário:

I. conheça da Representação protocolada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do DF – SINDUSCON/DF e pela Associação Brasileira de Construtores – ASBRACO, acerca do Edital do Pregão Eletrônico nº 80/2018-DER/DF;

II. determine ao DER/DF e ao Pregoeiro responsável pelo Pregão Eletrônico nº 80/2018-DER que se abstenham de homologar/adjudicar o certame em apreço e encaminhem ao Tribunal a cópia da ata e demais documentos que suportem o seu resultado, esclarecendo-lhes que esta Corte verificará se exigências de qualificação técnica, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional impactaram na seleção da melhor e mais vantajosa proposta para a Administração Pública;



**TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL**  
**Gabinete do Conselheiro Manoel de Andrade**

III. autorize:

a) o envio de cópia da Representação, deste Despacho Singular ao Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DER/DF e ao Pregoeiro responsável pelo Pregão Eletrônico nº 80/2018-DER, para subsidiar o atendimento ao item anterior;

b) a ciência desta decisão às Representantes, informando-lhes que as futuras tramitações destes autos poderão ser acompanhadas mediante cadastramento no sistema TCDFPush ([www.tc.df.gov.br](http://www.tc.df.gov.br) - Espaço do Cidadão - Acompanhamento por e-mail);

c) o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento para os devidos fins.

Brasília, em            de            de 2018.

**MANOEL DE ANDRADE**  
**Relator**



**EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE CONSELHEIRA DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL.**

**ABERTURA EM 03.10.2018 (9h15min).**

Ref.: Edital de Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF  
Processo Administrativo SEI n. 00113.00027897/2018-98.

TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL  
28/09/2018 007666  
SEÇÃO DE PLENÁRIO E ARQUIVO

**SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO DISTRITO FEDERAL - SINDUSCON/DF**, entidade de classe, estabelecido no SIA Trecho 02, Lote 1.125, Edifício Dilson Funaro, 2º andar, em Brasília-DF, inscrito no CNPJ sob o n. 00.031.716/0001-56, telefone 3234-8310, endereço eletrônico presidencia@sinduscondf.org.br, representado neste ato por seu Presidente, João Carlos Pimenta e **ASSOCIAÇÃO BRASILENSE DE CONSTRUTORES - ASBRACO**, entidade civil de classe sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ n. 00.679.266/0001-02, com sede no SIA Trecho 2, Lote 2.000, Brasília-DF, CEP 71.200-043, endereço eletrônico asbracodf@gmail.com, neste ato representada pelo seu Presidente, Luiz Afonso Delgado Assad, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 5º, inciso XXXIX, alínea "a" e 37, inciso XXI, ambos, da Constituição da República Federativa do Brasil, nos artigos 1º, inciso XI, alínea "a" e 230, ambos, do Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal e demais disposições legais aplicáveis, apresentar

**REPRESENTAÇÃO**

em razão de irregularidades no bojo do **Edital n. 080/2018** do **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO DISTRITO FEDERAL - DER-DF**, conforme os fatos e fundamentos a seguir expostos.



## **I – FATOS. CARACTERIZAÇÃO CIRCUNSTANCIADA DA SITUAÇÃO.**

01. O Departamento de Estradas de Rodagem do Distrito Federal – DER-DF tornou público o Edital de Licitação na modalidade pregão eletrônico, do tipo menor preço, objetivando a *“contratação de empresa especializada na execução dos serviços de recuperação, revitalização e manutenção continuada de obras de arte especiais – tipo passarela, conforme especificações e condições no anexo I do Edital”*, prevendo-se para as 09:15hrs do dia 03.10.2018 a sessão pública para abertura do certame (**DOC.3**).

02. Entretanto, mostra-se imperioso que o Edital seja anulado e reformulado, visto que há irregularidades referentes à modalidade de licitação eleita para realizar a contratação almejada, aos critérios para comprovação da capacidade técnica das licitantes e cláusulas para o reajustamento que merecem ser sanadas a bem da higidez do certame e vindoura contratação, o que torna necessário o oferecimento da presente Representação, para que suas razões sejam analisadas, conhecidas e providas.

## **II – DA COMPETÊNCIA DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL PARA APRECIAR A PRESENTE REPRESENTAÇÃO.**

03. As irregularidades veiculadas nesta Representação são passíveis de apreciação por este e. Tribunal de Contas do Distrito Federal, visto que estão inseridas no escopo de licitação promovida e vindoura contratação por ente da Administração distrital sujeitas à sua jurisdição.

04. Inobstante as demais competências deste e. Tribunal, contidas em seu Regimento Interno e legislação pertinente, confira-se o que dispõe o artigo 1º do referido diploma legal, a seguir:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, órgão de controle externo, nos termos da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Distrito Federal e da Lei Complementar do DF nº 1, de 9 de maio de 1994, compete:

(...)

*P. A.*



VI - apreciar a regularidade:

a) da despesa, inclusive os procedimentos licitatórios, contratos, convênios e outros ajustes;

(...)

XIX - apurar e decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por cidadão, partido político, associação ou sindicato, bem como sobre representações em geral, versando sobre irregularidades e ilegalidades de atos sujeitos ao seu controle;

05. Assim, inquestionável a competência do e. Tribunal de Contas do Distrito Federal para processar e julgar esta Representação.

### III - DA LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDUSCON/DF E DA ASBRACO.

06. O Sindicato da Indústria da Construção Civil do Distrito Federal - SINDUSCON/DF e a Associação Brasiliense de Construtores - ASBRACO ("Representantes") estão aptos a oferecer a presente Representação, pois, conforme o inciso VIII do §1º do artigo 230 do Regimento Interno deste e. Tribunal de Contas do Distrito Federal, as entidades que detenham representação por força de suas competências e atribuições legais, como é o caso, possuem legitimidade ativa para representar a esta c. Corte, *in verbis*:

Art. 230. ....

§ 1º Têm legitimidade para representar ao Tribunal: (...)

VIII - outros órgãos, entidades ou pessoas que detenham a prerrogativa de representação por força de suas respectivas competências ou atribuições legais.

07. O SINDUSCON-DF é entidade sindical fundada em 19.03.1964, regularmente inscrita no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda e com Carta Sindical registrada no Livro n. 37, fl. 13, do Órgão próprio do Ministério do Trabalho.

08. De acordo com o §3º do artigo 1º de seu Estatuto Social (**DOC.1**), o SINDUSCON-DF tem por finalidade precípua a defesa dos direitos e a representação dos interesses das empresas da construção civil no DF.

*Pa*



09. A coordenação e o desenvolvimento de ações e programas relacionados à construção civil, assim como a representação das empresas construtoras perante autoridades parlamentares, órgãos públicos, entidades de direito privado, ou, ainda, perante as instâncias judiciais e administrativas, constituem as prerrogativas basilares do SINDUSCON/DF, conforme interpretação conjunta dos artigos 1º e 2º do seu Estatuto Social (**DOC.1**).

10. A seu turno, a ASBRACO é entidade civil sem fins lucrativos, constituída para *"fins de estudos, coordenação e representação dos seus associados, com o objetivo de colaborar com os poderes públicos e pugnar pelo interesse e solidariedade de todas as empresas de Engenharia com exercício no Distrito Federal"*, vide o artigo 1º de seu Estatuto Social (**DOC.2**).

11. Nesse sentido, são prerrogativas expressas da ASBRACO nas alíneas "a)" e "b)" do artigo 2º do seu Estatuto Social, respectivamente, as de *"representar, perante autoridades administrativas, os interesses individuais e coletivos dos associados, relativos às atividades desenvolvidas"* e de *"colaborar com os Poderes Públicos, como órgão técnico e consultivo, no estudo e solução dos problemas que se relacionem com a atividade"*.

12. A representação de seus associados se trata de dever da ASBRACO, de acordo com a alínea "b)" do artigo 3º de seu Estatuto Social (**DOC.2**).

13. O debate ora trazido se harmoniza com as prerrogativas do SINDUSCON/DF e da ASBRACO de representarem legalmente, na esfera de atuação do segmento econômico da construção civil, as suas empresas sindicalizadas e associadas perante entes de direito público e privado.

14. Ressalte-se, outrossim, que as empresas construtoras constituem o universo de licitantes do certame promovido pelo Departamento de Estradas de Rodagem - DF no bojo de seu Edital n. 080/2018, de forma que a presente Representação se encontra apta a ser processada e julgada por este e. Tribunal de Contas do Distrito Federal.



#### IV – DAS IRREGULARIDADES NO EDITAL.

##### III. a) Impossibilidade de contratação de serviços de engenharia por pregão eletrônico. Violação aos princípios da isonomia e legalidade.

15. Primeiro ponto que se traz à elevada consideração deste i. Tribunal de Contas do Distrito Federal se refere à **irregular eleição da modalidade pregão** para realização da contratação almejada pelo DER-DF.

16. Isto porque é cediço que a Lei n. 10.520/2002, que regulamenta o Pregão, dispõe em seu artigo 1º que a referida modalidade de licitação **somente será utilizada para aquisição de bens e serviços comuns, o que, entretanto, não é o caso do Edital n. 080/2018-DER-DF (DOC.3).**

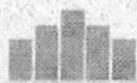
17. Ao se analisar as especificações constantes no Edital do Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF se constata que o certame objetiva a contratação de **empresa especializada** para **recuperar, revitalizar e manter Obras de Arte Especiais – Tipo Passarela**, de forma que a empresa que se sagrar vencedora e contratada deverá executar **serviços especializados/obras de engenharia e NÃO serviços comuns.**

18. Tal conclusão se torna imperiosa a partir da leitura dos incisos I e II do artigo 6º da Lei n. 8.666/93, aplicada subsidiariamente à modalidade do pregão, que são claros ao estabelecer a distinção entre o conceito de obra e serviço, *in verbis*:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – Obra – toda construção, **reforma**, fabricação, **recuperação** ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;



**SINDUSCON-DF**



ASSOCIAÇÃO BRASILENSE DE CONSTRUTORES

**ASBRACO**

19. Ao confrontar os conceitos legais acima com as atividades elencadas no Anexo "I" – Planilha de Preços e Termo de Referência do Edital n. 080/2018/DER-DF não sobejam dúvidas de que o objeto do pregão eletrônico é a **contratação de empresa que execute reforme/recupere as bases dos pilares metálicos da passarela, o que se configura como obra de engenharia.**

20. Além disso, o próprio Edital n. 080/2018/DER-DF reconhece em seu item 8.2.1 que o objeto do edital é a realização de obras de engenharia, quando dispõe que é necessário que os licitantes comprovem a concretização de "**OBRAS COMPATÍVEIS com o objeto desta licitação**".

21. Observa-se que há, inclusive, necessidade de refazimento do guarda corpo em tubos de aço, fixados em estrutura de concreto e, inclusive, chapa de aço para reforço dos montantes de concreto, concretagem do pilar, dentre outros, o que é classificado como obra de engenharia, demandando alteração significativa, autônoma e **permanente** no ambiente. Confirma-se o conceito de obra de engenharia pelo jurista Marçal Justen Filho <sup>[1]</sup>:

#### 3.2.6) O conceito de obra de engenharia

Seguindo a doutrina francesa, pode-se afirmar que a obra de engenharia consiste numa atuação voluntária do ser humano destinada a promover alteração significativa, autônoma e permanente no ambiente natural, tendo por objeto específico a edificação de benfeitorias e acessões relativamente a bens imóveis. O núcleo da ideia de obra de engenharia vincula-se à atividade de edificar um imóvel ou de realizar modificações relevantes em um imóvel já existente. Sob esse prisma, a obra de engenharia é uma modificação permanente e relevante no mundo físico circundante. Mas o conceito de obra abrange atividades similares. Assim, por exemplo, as atividades de retificação de relevo, (tal como a destruição de um morro prestes a ruir) configuram-se como obra. Assim, se passa pela natureza autônoma e suficiente dessa atividade como forma de alteração do mundo físico.

(...)

#### 3.2.7) O conceito de serviço de engenharia

Já o serviço de engenharia consiste numa atuação voluntária do ser

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos, ed. 12, São Paulo/Dialética, 2008, p. 121

*P 9*



humano, consistente num fazer tendo por objeto edificações realizadas sobre imóveis, presentes ou futuras, mas que não se traduz numa modificação significativa, autônoma e permanente no ambiente natural. Em termos gerais, pode-se afirmar que o serviço de engenharia tem natureza instrumental, complementar e acessória relativamente a uma obra ou a um bem imóvel.

(...)

### 3.2.8) A zona cinzenta

Há atividades em que será problemático a qualificação como obra ou serviço. Como diferenciar hipóteses configuradas como serviço (tais como conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção) de outras qualificadas como obras (tais como fabricação, recuperação ou ampliação)? A resposta consiste na dimensão da atividade. Haverá serviço, quando a atividade não se traduzir em modificações significativas, autônomas e permanentes. **Se a modificação for significativa, autônoma e permanente, haverá obra.**

22. Ainda que não se entenda que se almeja contratar uma obra, verifica-se, em última análise, que **os serviços a serem contratados são notoriamente serviços especializados de engenharia e não serviços comuns.**

23. No caso o serviço que se almeja contratar, de fato, possui peculiaridades e necessita de conhecimento técnico aprofundado para sua realização, **que não são usuais no mercado.**

24. Tanto é assim que o Item 11 do Termo de Referência do Edital n. 080/2018/DER-DF exige expressamente do futuro contratado "*Providenciar perante o CREA a Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente ao objeto do Contrato e às especialidades pertinentes aos serviços previstos...*".

25. Isto é, a execução do serviço que se almeja contratar **exige a presença de um profissional devidamente habilitado** para que possa se responsabilizar pela sua qualidade, segurança e adequação.

26. Nesse espeque, é sabido que a atividade de planejar, projetar e executar serviços referentes a recuperação de obras de arte especiais, como,



por exemplo, passarelas, tratam-se de atribuições privativas de Engenheiro Civil, conforme dispõe a Resolução Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA n. 218 de 29.06.1973, em seu artigo 7º:

Art. 7º - Compete ao ENGENHEIRO CIVIL ou ao ENGENHEIRO DE FORTIFICAÇÃO E CONSTRUÇÃO:

I - o desempenho das atividades 01 a 18 do artigo 1º desta Resolução, referentes a edificações, estradas, pistas de rolamentos e aeroportos; sistema de transportes, de abastecimento de água e de saneamento; portos, rios, canais, barragens e diques; drenagem e irrigação; pontes e grandes estruturas; seus serviços afins e correlatos.

27. Portanto, como os serviços abarcados pelo objeto descrito no Edital em comento são regidos por legislação específica, não pode a Administração pretender licitá-los como se serviços comuns fossem, uma vez que, caracterizam-se com SERVIÇOS E OBRAS DE ENGENHARIA, ou seja, especializados, e, portanto, regidos exclusivamente pela Lei n. 8.666/1993, quando se tratar de contratação pública.

28. Esse fato é corroborado pelo inciso VII do artigo 13 da Lei 8.666/93<sup>[2]</sup>, que entende que a restauração de obras de arte (neste caso, tipo passarelas) se enquadra no conceito de serviços especializados, de modo que deve ser afastada a modalidade pregão para a contratação destes serviços.

29. Por tais razões, verifica-se que os serviços objeto da licitação não se tratam de serviços comuns, mas sim atividade especializada/obra que deve ser planejada e executada por um profissional habilitado, isto é, engenheiros civis, o que atrai a inviabilidade de realizar a licitação através da modalidade de pregão.

<sup>2</sup> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

**VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.**

PA



30. Admitir a continuidade do Pregão Eletrônico acabaria por violar o artigo 5º do Decreto n. 3.555/2000<sup>[3]</sup>, que aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, com vista à aquisição de bens e serviços apenas comuns.

31. Não diferente dispõe o Decreto n. 5.450/2005 que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito federal, em seu artigo 6º, *in verbis*:

Art. 6º A licitação na modalidade de pregão, na forma eletrônica, **não se aplica às contratações de obras de engenharia**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral.

32. Por meio dos Decretos n. 3.555/2000 e 5.450/2005, regulamentase, de forma inequívoca, que a "*licitação na modalidade de Pregão NÃO se aplica às contratações de obras e **SERVIÇOS DE ENGENHARIA***", sendo certo que a contratação de tais serviços será regida, exclusivamente, pelos preceitos e pelas disposições da Lei n. 8.666/93 e alterações posteriores.

33. Como a atividade administrativa é vinculada às normas legais, não há como se admitir que a Administração imprima ao procedimento relativo à contratação de serviço(s) de engenharia, a modalidade denominada de Pregão, posto que, as licitações envolvendo referido objeto – obras e / ou serviços de engenharia – estarão, como mencionado, adstritas às modalidades previstas na Lei de Licitação.

34. Ademais, é cediço e incontestável que neste aspecto inexistem discricionariedade por parte da Administração, posto que os artigos 5º do Decreto n. 3.555/2000 e 6º do Decreto n. 5.450/2005 são expressos ao estabelecer a VEDAÇÃO para a aplicação da modalidade licitatória denominada Pregão com vistas à contratação de serviços especializados/obra de engenharia.

<sup>3</sup> Art. 5º. A licitação na modalidade pregão **não se aplica às contratações de obras e SERVIÇOS DE ENGENHARIA**, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.



35. Trata-se de vinculação restrita do ato administrativo à lei, porque a norma não deixou opções. Ela estabelece que, diante da contratação de obras e serviços de engenharia, a Administração deve ater-se à Lei de Licitações, tão somente, não lhe sendo permitido empregar poder discricionário para licitar tais serviços em outra modalidade, senão àquelas instituídas pela "legislação geral da Administração".

36. Diante o exposto, não há qualquer razão que justifique a contratação no Edital n. 080/2018/DER-DF por meio de pregão eletrônico, não apenas porque esta vai de encontro ao texto da lei, mas também porque fere princípios constitucionais como o da legalidade, razoabilidade e isonomia.

37. A propósito, no tocante ao **princípio da isonomia**, o ato convocatório o viola na medida em que proporciona a empresas não especializadas a realizar um serviço para os quais não estão preparadas.

38. **Desta forma, a modalidade eleita para contratação não priorizou, no caso, os princípios constitucionais fundamentais como os da legalidade e da isonomia que garantem que a Administração deve tratar a todos sem discriminações, benefícios, sem favoritismos nem perseguições, nos estritos termos da lei.**

39. O Professor Adilson Abreu Dallari, in Aspectos Jurídicos da Licitação, Ed. Saraiva, 3ª ed. assim enfrenta o presente tema:

Por força do princípio da isonomia **não pode a Administração desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém**.

(...)

Não basta, portanto, que a Administração possa demonstrar que realizou operação, em tese, vantajosa para o Estado. Importa que demonstre, ainda ter oferecido oportunidades iguais a todos os particulares, pois esta será a única maneira de evidenciar o tratamento isonômico a que estes têm direito. (grifo nosso)



40. Nesse sentido, já se posicionou o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal em hipótese símile ao presente caso, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

A via mandamental é adequada à impugnação de edital de licitação que não atende aos princípios da igualdade de participação e da universalidade.

Apelo provido.

(APC 2004.01.1.118466-6, 6ª Turma, relatora Des Ana Maria Duarte Amarante Brito) [destacou-se]

41. O voto da Desembargadora Ana Maria Brito na apelação acima citada é adequado ao caso ora em exame, pois trata do dever de obediência aos princípios que regem o procedimento licitatório, julgando que as lesões aos princípios basilares da licitação devem ser tratadas pela via mandamental da impugnação.

(....) Com efeito, o princípio da igualdade deve nortear o procedimento licitatório de forma não apenas a impedir a discriminação entre os participantes do certame, **mas também a ensejar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que possam oferecer as indispensáveis condições de garantia.**

...  
Segundo preleciona o jurista Hely Lopes Meireles, "o desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público". (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2000, p. 256). (...) (TJDF; RMO 20836-5; 4ª Turma Cível; Relator Des. Estevam Maia; DJU 01/02/2005, p. 122).

42. Por tais razões, requer-se seja recebida a presente representação para que seja anulada a licitação do Edital n. 080/2018/DER-DF por meio da modalidade Pregão Eletrônico, uma vez que o objeto licitado se trata de serviço especializado/obra de engenharia, sendo ilegal a sua realização pela modalidade de pregão eletrônico, podendo a medida ser promovida de ofício pela própria Administração.

*[Handwritten signatures]*



**SINDUSCON-DF**



**III.b) Da necessidade de aprimoramento dos requisitos para comprovação qualificação técnica das licitantes.**

43. Ainda, verifica-se que o Edital possui irregularidades no que se refere à qualificação técnica das licitantes, visto que deixou de especificar **de forma objetiva e suficiente** os critérios para comprovação da qualificação técnica profissional e operacional das licitantes para fins de julgamento, devendo ser corrigido à luz do disposto na Lei n. 8.666/1993 e jurisprudência.

44. O Item 8.2.1- Comprovação do Responsável Técnico – incisos VI e VII – do Edital n. 080/2018/DER-DF assim dispõe:

VI – Comprovação do Responsável Técnico da licitante ter executado, a qualquer tempo **obras compatíveis com o objeto desta licitação**, por meio de certidão(ões) e atestado(s), em nome do próprio RT, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, devidamente certificado(s) pelo CREA/CAU, na forma do disposto na Resolução nº 1.025, de 30 de outubro de 2009 do CONFEA, com apresentação da(s) Certidões de Acervo Técnico - CAT's e indicação da(s) Anotações de Responsabilidade Técnicas - ART's e - emitidas pelo conselho de fiscalização de profissional, onde conste a execução do(s) seguinte(s) serviço(s):

- Execução ou manutenção de OAE em vias urbanas ou rodovias.

VII - Capacidade Operativa da empresa - Comprovação que a licitante tenha executado, a qualquer tempo, **serviços de obras compatíveis com o objeto desta licitação**, através de certidão (ões) ou atestado (s). Os atestados para capacidade operativa da empresa deverá ser acompanhados das respectivas CAT(s) em nome de profissional habilitado, que trabalhe para a sociedade ou já tenha figurado como responsável técnico da empresa, desde que conste na documentação comprobatória do acervo profissional o nome da pessoa jurídica do licitante como a empresa contratada para a execução da obra ou serviços, a teor do art. 64, § 3º, da Resolução nº 1.025/09-CONFEA, fornecido por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado. É permitida a apresentação de diferentes atestados de capacidade técnica, para cada um dos diferentes serviços.

- Execução ou manutenção de OAE em vias urbanas ou rodovias.

45. Primeiramente, observa-se que, apesar da menção a obras de arte especiais "OAE" nos itens acima, há um extenso cadastro de bens assim classificados como pontes, viadutos, abrigos, etc, das mais diversas qualidades,



magnitudes e especificações, como é sabido, de forma que **a exigência editalícia se mostra genérica.**

46. O Edital **não indicou de forma objetiva o que deve ser considerado como "compatível com o objeto desta licitação"** para fins de comprovação de capacidade técnica.

47. Este único "requisito" se mostra simplório, pois deixa margem para que haja a contratação de empresas sem verdadeira e comprovada capacidade de executar o objeto licitado, o que não pode ser mantido.

48. Conforme amplamente exposto em tópico anterior, o Edital n. 080/2018/DER-DF não objetiva a execução de serviços comuns, mas sim de serviços especializados/obras de engenharia, dotados de **complexidade** para a recuperação das bases das passarelas, sendo necessária específica e aprimorada qualificação das empresas licitantes para tanto.

49. Tal assertiva não é desarrazoada, pois é importante notar que serviços de recuperação e revitalização de OAS podem ter sido prestados, por exemplo, na Ponte JK ou na simples ponte do Fumal em Planaltina DF, vide cadastro de OAS <sup>[4]</sup>, ou seja, obras com características imensamente diversas.

50. No caso das passarelas nas rodovias do Distrito Federal objeto do certame há peculiaridades, pois, não se pode admitir a contratação de empresas despreparadas pois **executarão os serviços em locais de grande circulação de pessoas e automóveis, havendo importantes direitos em jogo, o direito à vida e segurança na locomoção da população local.**

51. Veja-se que caso permaneça inalterado o Edital, será permitido, por exemplo, que um licitante se sagre vencedor apresentando comprovação da sua capacidade técnica através de atestado de realização de manutenção em

<sup>4</sup> <http://www.dados.df.gov.br/dataset/obra-de-artes-especiais/resource/5472731b-1d7a-49e0-a0f5-6c1bc334c6dd>



**UMA** ponte simples, uma vez que não foram exigidos quaisquer outros requisitos, nem mesmo quantitativos mínimos, o que é viável ao menos para a qualificação técnico-operacional das licitantes.

52. Nessa hipótese, o DER-DF não poderia se negar a habilitar uma empresa que apresentasse o atestado com serviços em uma pequena ponte, pois, está comprovado que atuou em serviços de recuperação e revitalização, fato que por si só, nos termos do edital, é suficiente para que se qualifique a recuperar os pilares de obras de arte nas movimentadas vias do Distrito Federal.

53. A súmula n. 263 editada pelo 1. Tribunal de Contas da União <sup>[5]</sup> expõe o raciocínio de que é legítimo e recomendado que se exija quantitativos mínimos para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, considerando ser imperativo o atendimento do interesse público.

54. Há necessidade de melhor especificação dos requisitos para comprovação da qualificação técnico-operacional das licitantes, apresentando, por exemplo, **quantitativos mínimos** de execuções de obras compatíveis com a recuperação e revitalização de obras de artes – tipo passarela, considerando suas particularidades, complexidade e vulto, dentre outras características, a fim de se assegurar que será contratada uma empresa que possa realmente entregar o objeto licitado em conformidade, como preceitua o artigo 30 da Lei n. 8.666/1993 <sup>[6]</sup>.

<sup>5</sup> Súmula n. 263 – TCU: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, **é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.**

<sup>6</sup> 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;



55. Ainda, a generalidade da cláusula editalícia ora guerreada concede **margem para excessiva subjetividade e incabíveis discricionariedades no ato na análise da documentação de habilitação das licitantes**, fato que não é admitido diante **do princípio do julgamento objetivo** esculpido no artigo 3º da Lei n. 8.666/1993 e §1º e *caput* do artigo 44 do mesmo diploma legal [7].

56. A preservação do direito básico ao julgamento objetivo demanda a existência de cláusula clara e precisa quanto ao conteúdo dos atestados a serem apresentados, à luz do efetivamente necessário à avaliação da qualificação técnica do licitante para bem executar o objeto licitado.

57. O e. Tribunal de Contas da União - TCU, no Acórdão n. 8.430/2011 - 1ª Câmara, determinou a um de seus jurisdicionados que "o edital deve estabelecer, **com a necessária objetividade**, a forma de comprovação da aptidão para o desempenho de atividades pertinentes e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação; b) **o edital deve estabelecer os elementos que devem constar dos atestados de capacidade técnica para fins de comprovação da realização de serviços compatíveis com os descritos no objeto do certame**".

58. Em outra oportunidade, Acórdão n. 2630/2011-Plenário, o e. TCU ratificou esse entendimento. Nesse sentido, confira-se o excerto extraído do Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos n. 81:

<sup>7</sup> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos.

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os **critérios objetivos definidos no edital** ou convite, os quais **não devem contrariar as normas e princípios** estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, **subjetivo** ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.



Mediante auditoria realizada nas obras de implantação do perímetro de irrigação Araras Norte - 2ª etapa, no Estado do Ceará, sob responsabilidade do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - (DNOCS), uma das irregularidades apuradas por equipe do Tribunal consistiu no estabelecimento, como critério para a habilitação técnica dos licitantes, da apresentação de atestados que comprovassem a execução de um conjunto de serviços considerados de maior relevância e valor significativo na obra em contratação. **No edital, entretanto, não haveriam sido definidos os quantitativos mínimos que os atestados deveriam comprovar, e, quando da avaliação da qualificação técnica dos licitantes, o DNOCS arbitrara quantidades mínimas dos referidos serviços para verificar se os licitantes atenderiam aos critérios de habilitação.** De tal situação, teve-se como resultado a inabilitação de seis dos oito licitantes, o que, para o relator, evidenciaria que o critério de qualificação técnica adotado não observara o princípio de vinculação ao instrumento convocatório, tendo sido decisivo para a inabilitação da maioria dos licitantes. Por conseguinte, por considerar que a irregularidade seria grave, votou o relator por que o Tribunal ouvisse em audiência o chefe da divisão de licitações do DNOCS, sem prejuízo do encaminhamento de outras determinações à instituição. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência.

59. Salienta-se que no Edital contra ao qual se representa, é estimado gasto significativo, entretanto, unicamente exige a comprovação da execução de serviços de reparação compatíveis com a obra sem maiores detalhes, fato que revela a fragilidade do critério no instrumento convocatório e necessidade de seu aprimoramento.

60. Caso não haja a revisão do Item 8.21 do Edital serão vulnerados os princípios da primazia e indisponibilidade do interesse público, **gerando possíveis interrupções na prestação de serviços públicos e necessidade de novas contratações, muitas vezes emergenciais, com custo mais elevados**, portanto, violando o princípio da eficiência.

61. Tal circunstância também prejudica os profissionais, as empresas e seus funcionários que desenvolvem trabalho sério e idôneo no Distrito Federal.

62. **A contratação de empresas despreparadas é forte contribuinte no quadro de problemas que o Distrito Federal hoje**

P R



enfrenta, atinente ao não cumprimento dos contratos, abandonos de obras, obras mal executadas, irregularidades no cumprimento desses pactos e até mesmo a necessidade de rescisão unilateral por parte da administração, se tornando necessária uma mudança de postura nas contratações públicas, com o aprimoramento dos procedimentos.

63. Um bom exemplo de iniciativa no combate a tal problemática advém do e. Tribunal de Contas da União-TCU que, no ano de 2010, por ordem do seu Exmo. Sr. Presidente à época, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou a realização de trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública Federal objetivando tentar identificar e mitigar problemas em contratos de trato continuado.

64. Assim, criou-se grupo de estudos formado por *experts* do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Advocacia-Geral da União, do TCU, do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, para identificar os principais problemas envolvidos no processo licitatório, entre os quais a participação de empresas sem as mínimas condições de cumprir os contratos. Confira-se o trecho do v. acórdão n. 1.214/2013, em que consta a deflagração dos trabalhos:

78. Contudo, apenas mudanças concretas nos procedimentos licitatórios serão capazes de reduzir os atuais problemas da administração pública federal na contratação de empresas em condições de prestar os serviços requeridos e cumprir as obrigações previstas em legislação específica e no contrato.

79. Nessa linha de raciocínio, **é essencial que a Administração reexamine seus editais, inserindo critérios rigorosos de habilitação, em especial no que se refere às qualificações técnico-operacional, profissional, e econômico-financeira das licitantes.**

80. Cumpre observar que o art. 3º da Lei 8.666/93 fixa orientação no sentido de que "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será

*P α*



processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

**81. Considera-se a proposta mais vantajosa para a administração aquela que contempla produto ou serviço de boa qualidade, associada a preço compatível com o praticado pelo mercado, conforme previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/93.**

**82. Para que se obtenha a proposta mais vantajosa é necessária a especificação do produto ou serviço adequada às reais necessidades da Administração e a formulação de exigências de qualificação técnica e econômico-financeira que não restrinjam a competição e propiciem a obtenção de preços compatíveis com os de mercado, mas que afastem empresas desqualificadas do certame.**

83. Com esse propósito, o Grupo de Estudos investiu no debate dos pontos abaixo relacionados:

- d. Qualificação econômico-financeira
- e. Qualificação técnico-operacional
  - (...)
  - 2. Atestados de capacidade técnica
  - 3. Experiência mínima de 3 anos
  - 4. Estrutura física e de pessoal compatíveis com o objeto
  - 5. Idoneidade dos atestados
- f. Qualificação técnico-profissional
- g. Garantia contratual
  - (...)

65. Ao final, o grupo de trabalho elaborou várias propostas para a melhoria dos procedimentos licitatórios, de gestão e de fiscalização dos contratos, valendo destacar a forte recomendação de maior rigidez nos requisitos editalícios para a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes, sua aptidão para execução dos serviços contratados, etc.

66. As proposições do grupo de trabalho foram referendadas pelo Plenário do e. TCU, que as endossou, culminando no v. acórdão n. 1214/2013, sendo certo que, inicialmente, receberam inúmeras críticas, por supostamente restringir a competitividade, impedindo que a Administração Pública pudesse selecionar a proposta mais vantajosa.

*Pa*



67. As críticas se valem do desvirtuado raciocínio de que, uma vez que a proposta mais barata seria a mais vantajosa, estaria sendo atendido o princípio da economicidade.

68. Entretanto, sob essa lógica certamente o princípio da economicidade somente é "lembrado" de forma imediata, incorrendo em uma compreensão desvirtuada do princípio da isonomia.

69. A isonomia só é alcançada quando tratadas como iguais **licitantes igualmente capacitados**, de forma que, em verdade, o tratamento idêntico entre licitantes desiguais quebra a isonomia e propicia a vulneração da economicidade, seja a médio ou longo prazo, isto é, quando o contrato apresentar problemas.

70. Nesse sentido, já se posicionou o e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios em hipótese símile ao presente caso, *verbis*:

*Ementa*

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - REMESSA OFICIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - IMPUGNAÇÃO AO EDITAL - IMPROVIMENTO DA REMESSA OFICIAL.

1. A LICITAÇÃO DEVE ASSEGURAR A IGUALDADE DE CONDIÇÕES A TODOS OS CONCORRENTES, DE SORTE QUE DESVIANDO-SE O EDITAL DESSA TRILHA NÃO PODE SUBSISTIR, ENSEJANDO IMPUGNAÇÃO POR VIA DE AÇÃO MANDAMENTAL.

2. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. UNÂNIME.

(REMESSA EX-OFÍCIO 20000110208365, 4ª Turma Cível, Relator Des Estevam Maia, DJU: 01/02/2005 Pág.: 122) [destacou-se]

*Ementa.*

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

A via mandamental é adequada à impugnação de edital de licitação que não atende aos princípios da igualdade de participação e da universalidade.

Apelo provido.

(APC 2004.01.1.118466-6, 6ª Turma, relatora Des Ana Maria Duarte Amarante Brito) [destacou-se]

71. O voto da Desembargadora Ana Maria Brito na apelação acima citada é adequado ao caso ora em exame, pois trata do dever de obediência

*Handwritten initials: A B*



aos princípios que regem o procedimento licitatório, julgando que as lesões aos princípios basilares da licitação devem ser tratadas pela via mandamental da impugnação.

(....)

Com efeito, o princípio da igualdade deve nortear o procedimento licitatório de forma não apenas a impedir a discriminação entre os participantes do certame, **mas também a ensejar a oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que possam oferecer as indispensáveis condições de garantia.**

(...)

Segundo preleciona o jurista Hely Lopes Meireles, "o desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público". (Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25ª Edição. São Paulo. Editora Malheiros, 2000, p. 256).

72. É no tenuous equilíbrio entre exigir a adequada especificação do objeto e a necessária qualificação do licitante e manter o compromisso com a competitividade, protegido constitucionalmente, resumindo a busca da melhor qualidade com o menor preço.

73. Entretanto, certo é que este objetivo somente pode ser alcançado mediante a adequada seleção de empresas realmente capacitadas para participar de licitações, sob pena de incorrerem os efeitos negativos à coletividade, à Administração e ao erário.

74. Desta forma, o Item 8.2.1- Comprovação da Qualificação Técnica do Responsável Técnico – incisos VI e VII do Edital n. 080/2018/DER-DF – deve ser reformado para (i) especificar, de forma objetiva e adequada ao objeto licitado, o que deve se considerar como "obras compatíveis com o objeto licitado", assinalando as características, o vulto e a complexidade e, ainda, o quantitativo mínimo ao menos para a qualificação técnico-operacional, para fins de julgamento.

*Handwritten initials or signature.*



### III.c) Irregularidade na cláusula de reajustamento.

75. Por fim, necessário trazer a este i. TCDF a apreciação do Edital n. 080/2018/DER-DF quanto à previsão de reajustamento na minuta do contrato, vez que está disposto de forma irregular e dúbia. A leitura da Cláusula 11.2 da minuta de contrato no Edital do DER-DF evidencia que na contratação almejada pelo DER-DF:

(i) o reajustamento em sentido estrito (anual – correção monetária da proposta) é tratado de forma diversa do previsto na Lei n. 10.192/2001, ao se valer da expressão “poderá”, pois dá a entender que haveria discricionariedade da Administração Pública em conceder ou não o reajustamento, o que inexistente, e

(ii) é tratada de forma simultânea os institutos do reajustamento em sentido estrito e o instituto da repactuação (revisão), os quais, apesar estarem inseridos no gênero Reajustamento, tratam-se de situações com fatos geradores completamente diversos, de forma no futuro poderá ser ilegalmente exigido do contratado que, por exemplo, comprove ter ocorrido desequilíbrio contratual para exercer o seu direito ao reajustamento, apesar desse ser um requisito para a repactuação (revisão). Ou seja, há dubiedade indesejada que deve ser sanada.

76. Adiante tais ocorrências são tratadas de forma pormenorizada.

#### i. “PODERÁ” vs “SERÁ”.

77. Diversos itens no Edital, Termo de Referência e minuta de contrato tratam de forma irregular o reajustamento ao afirmar irregularmente que o vindouro contrato **PODERÁ** ser reajustado caso vigore por mais de 1 (um) ano, vide, por exemplo, o Item 11.10 do Edital n. 080/2018/DER-DF e a Cláusula 11.2.1 da minuta de contrato, confira-se:

*Handwritten initials: D a*



11.10. O contrato a ser firmado pode ser reajustado após transcorrido 1 (um) ano de sua vigência, em conformidade com a legislação pertinente.

\*\*\*

11.2.1 O contrato poderá ser reajustado após transcorrido 1 (um) ano de sua vigência, em conformidade com a legislação pertinente.

78. A forma como redigida a cláusula de reajuste no Edital não se encontra em consonância com a legislação, pois violam o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, artigos 40 e 55 da Lei n. 8.666/1993 e *caput* e §1º do artigo 3º da lei 10.192/2001, esse último que é imperativo ao expor que os contratos **SERÃO** reajustados a cada período de um ano, a contar da apresentação da proposta ou do orçamento [8].

79. A utilização de expressões como "**PODE**" ou "**PODERÁ**" cria indesejada dubiedade, pois leva a crer que há **discricionariedade** da Administração na concessão do reajustamento anual que, em verdade, **não existe**.

80. Este e. Tribunal de Contas do Distrito Federal, recentemente, ao julgar a Representação proposta pelas entidades ora Impugnantes autuada sob n. 27.579/17-e, proferiu a r. decisão n. 746/2018 em 01.03.2018, que analisa detidamente a situação ora noticiada, vide:

#### DECISÃO Nº 746/2018

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I - considerar, no mérito, procedente a representação oferecida pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do Distrito Federal - SINDUSCON/DF (e-docs 92FE9A98-c e 52804E59-c); II - **determinar à**

8 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.

*Handwritten initials: P A*



**Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap que mantenha suspensa a licitação e, no prazo de 10 (dez) dias: a) dê fiel cumprimento à Decisão nº 4.754/17; b) altere o texto do item 18.1 do edital da Concorrência nº 016/2017 – ASCAL/PRES (e-doc 702FF9CF-e), para prever a atualização anual dos contratos, na modalidade reajuste contratual, adotando como referência a data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir, nos termos dos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/01; c) dê ciência ao Tribunal das providências efetivadas; III – alertar a Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap de que, em futuros certames, observe os termos da determinação contida no inciso II, alínea “b”; IV – dar ciência do relatório/voto do Relator e desta decisão à Sindicado da Indústria da Construção Civil do Distrito Federal – SINDUSCON/DF e à Novacap; V – autorizar: a) o envio de cópia do relatório/voto do Relator e desta decisão à Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil - Novacap e ao representante do SINDUSCON/DF; b) o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para os devidos fins. Presidiu a sessão a Presidente, Conselheira ANILCÉIA MACHADO. Votaram os Conselheiros MANOEL DE ANDRADE, INÁCIO MAGALHÃES FILHO, PAULO TADEU, PAIVA MARTINS e MÁRCIO MICHEL. Participou o representante do MPJTCDF, Procurador DEMÓSTENES TRES ALBUQUERQUE. Ausente o Conselheiro RENATO RAINHA.**

81. A leitura dos trechos transcritos abaixo extraídos do voto que orientou a r. decisão 746/2018 são esclarecedores sobre o tema e o entendimento das Cortes de Contas.

(...) 15. Nesta fase, examina-se o mérito da Representação oferecida pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do Distrito Federal - SINDUSCON/DF acerca de possíveis irregularidades na fixação da data base para reajustamento contratual estabelecida no item 18.1 do Edital da Concorrência nº 016/2017-ASCAL/PRES3 : “18.1 Em período inferior a um ano, os preços serão fixos e irrealizáveis, de acordo com o art. 28 da Lei 9.069/95. Ultrapassado esse período, os mesmos poderão ser reajustados anualmente, nos termos da Lei nº 10.192/01, adotando-se o INCC – Índice Nacional da Construção Civil da FGV - ICC Brasília. (Coluna 19). O marco inicial para contagem da periodicidade de um ano, para efeito de reajuste será a data do orçamento, desde que o contrato seja assinado no prazo de sua validade.”

16. O Corpo Técnico sugere a procedência da peça, determinação à Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap para retificar o edital e a reiteração da Decisão nº 4.754/17-CPM.

(...)

19. Em apertada síntese, as alegações do representante referem-se à obrigatoriedade legal para a concessão do reajuste anual por parte da administração contratante, bem como a fixação de seu marco inicial, conforme preconiza o art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/014 :



"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." (grifei)

20. Em seus esclarecimentos, a Jurisdicionada ratificou o entendimento quanto à adequação dos termos atuais de revisão contratual reproduzidos em seus editais.

21. De imediato, cumpre lembrar que o reajuste, tema ora enfrentado, almeja apenas a reposição da perda do poder aquisitivo da moeda por meio do emprego de índices de preços prefixados no contrato administrativo. Tal instituto não se confunde com a revisão contratual, ensejada por circunstâncias imprevisíveis que comprovadamente afetem o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

22. Feita esta consideração, assiste razão à Unidade Instrutória em sua análise. A Lei de Licitações, dispondo no mesmo sentido da Lei nº 10.192/01, **impõe à administração que adote cláusula contratual prevendo a atualização anual dos contratos, na modalidade reajuste contratual:**

"Art. 40. O edital conterà 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;" (Lei nº 8.666/93)

"Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;" (Lei nº 8.666/93)

23. O Tribunal de Contas da União também firmou entendimento de que o estabelecimento dos critérios de reajuste dos preços, "tanto no edital quanto no instrumento contratual, não constitui discricionariedade conferida ao gestor, mas sim verdadeira imposição.

(...)



25. Esse também é o posicionamento de Marçal Justen Filho:

"O edital tinha de prever as condições para o reajuste dos preços, consistente na previsão antecipada da ocorrência da inflação e na adoção de uma solução para neutralizar seus efeitos. É a determinação de que os preços ofertados pelos interessados serão reajustados de modo automático, independentemente, inclusive, de pleito do interessado. Será utilizado um critério, escolhido de antemão pela Administração e inserto no edital."

26. Ademais, trata-se de garantia constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

"Art. 37. A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (grifou-se).

27. Quanto ao marco inicial para a contagem do período de 12 meses para o reajuste contratual, o art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/01 é claro ao fixar a "data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir", não excepcionalizando os casos em que a celebração do ajuste se dá após a validade inicial da proposta .

(...)

Em face do exposto, parcialmente de acordo com o Corpo Técnico, VOTO no sentido de que o Tribunal:

I. considere, no mérito, procedente a Representação oferecida pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do Distrito Federal – SINDUSCON/DF (e-docs 92FE9A98-c e 52804E59-c);

II. determine à Companhia Urbanizadora da Nova Capital do Brasil – Novacap que mantenha suspensa a licitação e no prazo de 10 (dez) dias: (...)

**b) altere o texto do item 18.1 do edital da Concorrência nº 016/2017 – ASCAL/PRES (e-doc 702FF9CF-e) para prever a atualização anual dos contratos, na modalidade reajuste contratual, adotando como referência a data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir, nos termos dos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 3º, § 1º, da Lei nº 10.192/01;**

PA



82. Portanto, os itens do Edital que versam sobre o reajustamento devem ser reformados para passar a prever que os contratos "**SERÃO**" reajustados caso vigorem por mais de um ano, bem como para passar a prever os critérios, formas de cálculo, índice aplicável e marco inicial, assim como previsto nos incisos dos artigos 40 e 55 da Lei n. 8.666/1993 evocados no voto condutor da r. decisão n. 27.579/17-e proferida pelo c. Plenário do e. TCDF.

83. Dada a obrigatoriedade prevista em lei quanto à inserção de cláusulas acerca do reajustamento nos editais e contratos administrativos, o jurista Marçal Justen é enfático acerca da ausência de qualquer discricionariedade do Poder Público em conceder ou negar o reajuste ao contratado, vide a lição na sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos" transcrita abaixo.

**Não têm validade dispositivos regulamentares que condicionam o reajuste à existência de autorização correspondente no edital. Decorre da própria garantia constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nas contratações administrativas. A concessão do reajuste não é faculdade para a Administração. Nem haverá discricionariedade para a Administração inserir ou dispensar a cláusula no edital; nem haverá discricionariedade para a Administração conceder ou negar o reajuste, no curso da contratação.**<sup>9</sup>

84. As disposições legais antes citadas são cogentes e estabelecem que o reajustamento (sentido estrito) ocorre, portanto, **de forma automática**, desde que verificada a única condição legal estabelecida, a saber, o transcurso superior a 1 (um) ano a contar da data limite para a apresentação da proposta comercial.

85. Por estas razões, ante a imperatividade das normas que regem o instituto do reajustamento em sentido estrito, havendo consenso na jurisprudência de que o reajustamento se trata de direito subjetivo do contratado, intangível pelo Poder Público e não condicionado a qualquer outra

<sup>9</sup> Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 4ª Edição. 1995: Ed. Aide.

*Handwritten initials: P O*



circunstância que não a periodicidade estabelecida em lei, **faz-se necessária a revisão das regras no Edital impugnado para passarem a estabelecer que os contratos "serão" reajustados, no lugar da expressão "poderão".**

**ii. Cláusula Dúbia. Possível equívoco em interpretação futura do contrato acerca dos institutos do Reajustamento em sentido estrito e repactuação (revisão).**

86. Na Cláusula 11.2 da minuta do contrato do edital n. 080/2018/DER-DF é previsto o reajustamento em sentido estrito, entretanto, de forma simultânea também é tratada a hipótese de revisão (repactuação) do contrato, o que poderá causar dificuldades na interpretação do contrato e ilegal restrição a exercício de direitos. Confira-se o teor:

**11.2 - DO REAJUSTE CONTRATUAL**

- a) Reajuste: se dará com vistas ao equilíbrio do contrato em decorrência do processo inflacionário. Para o reajuste serão observadas as orientações constantes nos seguintes normativos.
- b) Artigo 40, inc. XI da Lei 8.666/93;
- c) Artigo 3º, § 1º da Lei 10.192/01;
- d) Processo 4.992/1997 – TCDF;
- e) Acórdão 1.707/2003 – Plenário TCU (Processo 18.278/2002).
- f) Revisão
- g) De acordo com o artigo 65, inciso II, alínea "d" da Lei 8.666/93, a revisão contratual visa retomar as condições iniciais do contrato, por desequilíbrio por fatores supervenientes imprevisíveis ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis. A contratada possui direito à revisão e terá como prerrogativa comprovar que houve desequilíbrio conforme o ditame legal.
- 11.2.1 O contrato poderá ser reajustado após transcorrido 1 (um) ano de sua vigência, em conformidade com a legislação pertinente.
- 11.2.2 O critério de reajuste, quando couber, deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, que reflitam a variação dos insumos utilizados, desde a data prevista para apresentação da proposta, até a data do adimplemento de cada parcela.
- 11.2.3 A variação de preços para efeito de reajuste anual será medida pelo índice INPC apurado durante o período ou aquele que vier a substituí-lo. Devendo a contratada para tanto, apresentar Planilha de Custos e Formação de Preços, com demonstração analítica.

87. Observa-se que as disposições inaugurais da Cláusula n. 11.2 tratam do reajustamento em sentido estrito.

d

P



**SINDUSCON-DF**



88. Entretanto, logo na alínea "g)" da citada cláusula, passa-se subitamente a tratar do instituto da repactuação (revisão), o qual exige para a sua ocorrência a comprovação de ocorrência de desequilíbrio econômico em decorrência de fatores supervenientes imprevisíveis, nos moldes do artigo 65, inciso II, alínea "d" da Lei 8.666/93.

89. Após, nos Itens 11.2.1 a 11.2.3 da minuta de contrato, volta-se a tratar novamente do reajustamento em sentido estrito, dispondo sobre o interregno de um ano de vigência do contrato e índice para fins de reajuste.

90. A cláusula 11.2 do Edital trata a uma só toada **dois temas cujos fatos geradores do respectivo direito são distintos**, o reajustamento anual e a repactuação, acarretando dubiedade na sua aplicação, deixando margem para haver confusão na sua aplicação, criando entraves ao justo exercício do direito ao reajustamento em sentido estrito pelo contratado.

91. Um exemplo está na provável ocorrência de que seja exigido ilegalmente do contratado que, por exemplo, comprove ter ocorrido desequilíbrio contratual para exercer o seu direito ao reajustamento, apesar desse ser um requisito exigido somente para a repactuação (revisão).

92. O inciso I do artigo 40 da Lei n. 8.666/1993 exige que o edital contenha descrição sucinta e clara e o artigo 54 do referido <sup>[10]</sup> diploma legal prevê o império do contrato administrativo na regência da relação estabelecida entre particular e Poder Público e, por isso, mostra-se essencial que o teor de suas cláusulas seja claro e preciso.

93. Ao se falar em repactuação (revisão), exige-se, assim como posto na alínea "g)" do item 11.2 da minuta do contrato, a "comprovação de

<sup>10</sup> 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.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com **clareza e precisão** as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.



desequilíbrio contratual", uma circunstância que não possui qualquer relação com o reajustamento em sentido estrito, cujo único requisito legal para a sua "concessão" é o transcurso do prazo de um ano.

94. A Constituição Federal prevê em seu artigo 37, inciso XXI que a Administração Pública deve zelar pela higidez do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que celebra, mantendo "*as condições efetivas da proposta*", *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

95. Ante a disposição constitucional acima, a legislação infraconstitucional regulamentou o gênero "reajustamento" em suas duas dimensões, a ordinária elegendo como instrumento o reajustamento em sentido estrito e a extraordinária em que há o meio da repactuação.

96. A repactuação se refere à necessidade de reequilibrar o contrato quando acometido por fatos supervenientes e imprevisíveis, como, por exemplo, grave descumprimento contratual, aumento demasiado no preço de insumos, etc, ocasionando insuportável desequilíbrio econômico e impossibilidade das partes em cumpri-lo.

97. De outro lado, o reajuste em sentido estrito visa unicamente recompor a proposta comercial da contratante pelas perdas decorrentes do processo inflacionário e inerentes ao mercado. Isto é, trata-se de mera recomposição da moeda.



98. Do julgamento da Apelação n. 20150111453628, relatoria do Exmo. Desembargador Rômulo de Araújo Mendes, pela c. 1ª Turma Cível do e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, extrai-se relevantes esclarecimentos acerca da diferenciação dos institutos da repactuação e do reajustamento em sentido estrito, vide a transcrição de sua ementa, valendo-se de destaques, a seguir:

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. LICITAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO DE OBRA (PLANTIO DE GRAMAS). PRAZO INFERIOR A UM ANO. DEMORA ADMINISTRATIVA NA EMISSÃO DE NOTA DE EMPENHO COMPLEMENTAR. REALIZAÇÃO DE ADITIVOS PARA PRORROGAÇÃO DA VIGÊNCIA CONTRATUAL PARA ALÉM DE UM ANO. REAJUSTE. PRESERVAÇÃO DA PROPOSTA, EFEITOS INFLACIONÁRIOS. DETERMINAÇÃO LEGAL. REAJUSTAMENTO DEVIDO. PARALISAÇÃO DA OBRA. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZOS POR FATO IMPREVISÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO. PREVISÃO CONTRATUAL QUANTO À EMISSÃO POSTERIOR DE NOTA DE EMPENHO COMPLEMENTAR. INOCORRÊNCIA DE ÁLEA EXTRAORDINÁRIA. REVISÃO/REEQUILIBRO ECONÔMICO-FINANCEIRO INDEVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, MAS NÃO PROPORCIONAL. ARBITRAMENTO SENTENCIAL CORRETO. APLICAÇÃO DAS REGRAS SUCUMBENCIAIS DO CPC DECAÍDO. PREVISÃO DE COMPENSAÇÃO NA SENTENÇA (SÚMULA 306/STJ). HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. MAJORAÇÃO PARA 15%, SEM COMPENSAÇÃO QUANTO À PARCELA DE 5% ORA MAJORADA (§ 14 DO ART. 85, CPC/2015). RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

1. A empresa autora ingressou com a presente demanda em face do Distrito Federal pretendendo duplo provimento judicial. Em primeiro plano, requereu a condenação do réu ao pagamento do reajustamento do contrato administrativo entabulado pelas partes e, como pedido cumulativo, postulou o pagamento de danos emergentes, que seriam derivados dos prejuízos sofridos com a paralisação das obras, em face da demora na emissão de nota de empenho complementar, tendo a sentença recorrida acolhido apenas o primeiro pedido.

2. O réu se insurge contra a condenação ao pagamento dos "reajustes previstos na cláusula 7.5 do contrato a partir de 1/2/2009 até 25/3/2011, observado o INPC, a incidir a cada período de 12 meses de vigência do contrato 238/2008", ao fundamento de que não há amparo jurídico para o reajuste contratual e que ocorrera a preclusão quanto ao pedido de reajustamento.

**3. Com o objetivo de cumprir o previsto na Constituição Federal (inciso XXI do art. 37), quanto à determinação de manutenção das condições efetivas da proposta realizada no âmbito dos contratos administrativos, a legislação estabeleceu dois tipos de mecanismos: o reajuste em sentido amplo (reajuste em sentido**

R O



**estrito e repactuação), vinculado aos riscos ordinários da contratação (álea ordinária), e o reequilíbrio econômico-financeiro, este necessário para aplinar os efeitos da ocorrência de um fato extraordinário, imprevisível (álea extraordinária).**

4. Nos termos do art. 3º, caput e respectivo § 1º, da Lei 10.192/2001, "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", observada a periodicidade anual, "a partir da data limite para a apresentação da proposta ou do orçamento" e, conforme o art. 40, XI, da Lei 8.666/93, o edital deverá indicar, obrigatoriamente, o "critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção".

5. No caso específico dos autos, o contrato tinha prazo de vigência de 6 (seis) meses, mas, por conta de sucessivos aditivos, perdurou por vários períodos de um ano (de 20/11/2008 até 25/03/2011), a partir da apresentação da proposta, sem que a contratada tenha sido contemplada com o reajuste dos preços legalmente determinado, devendo-se registrar, ademais, consoante anotou a magistrada sentenciante, que o contrato, na sua cláusula 7.5, "Em atendimento ao disposto no art. 40, inciso XIV, "c" e "d", da Lei 8.666/93", estabeleceu o INPC como critério de atualização financeira dos valores a serem pagos.

6. Nessa perspectiva, é descabida a alegação do Distrito Federal quanto à ocorrência de preclusão do direito ao reajustamento contratual, uma vez que, decorrendo esse instituto de expressa determinação legal, que condiciona a sua aplicação unicamente ao preenchimento do período de 12 meses de vigência do contrato administrativo, a sua implementação deve se operar automaticamente após cada interstício anual completado, dispensando, inclusive, o requerimento formal da empresa contratada, haja vista que não se está diante de repactuação.

7. Ademais, ainda que se quisesse exigir a apresentação de pedido formal de reajustamento, verifica-se nos autos que, além do pedido de reajuste realizado pela contratada em 26 de agosto de 2010, data que o réu pretende tomar como marco inicial para a concessão do direito ao reajuste, deve-se registrar que, no dia imediatamente seguinte à primeira solicitação de prorrogação do contrato, a empresa contratada apresentou adendo por meio do qual expressou "que a renovação da validade da proposta desta concorrência fica condicionada à aceitação da data da apresentação da proposta como data base para efeito de reajustamento".

8. Destaque-se, também, que as prorrogações de vigência do contrato não se operaram por retardamento da empresa autora na execução do serviço contratado, mas em razão de circunstância adstrita às atribuições e interesse da Administração, haja vista que a contratada teve que aguardar a emissão da nota de empenho complementar (lapso de tempo que perdurou por mais de um ano), firmando-se os demais termos aditivos de prorrogação do prazo contratual também no interesse do Poder Público, fazendo com que a vigência do contrato se prolongasse por 788 dias corridos, mostrando-se, pois, devido o reajustamento pretendido pela contratada, tal como reconhecido na sentença recorrida.

9. O pedido autoral, relativamente aos alegados prejuízos sofridos em decorrência da paralisação da obra, consequência, por sua vez, da demora na emissão da nota de empenho complementar do valor total do



**SINDUSCON-DF**



contrato, está calcado no princípio básico das relações contratuais de natureza administrativa, que é a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro desses ajustes, sustentando a recorrente que se trataria de ato imprevisível da Administração Pública.

10. **A pretensão autoral ora analisada diz respeito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo**, com fundamento em ato imprevisível da Administração Pública, o que, claramente, não se verifica no caso dos autos, porquanto já no instrumento contratual - que enlaçou a proposta vencedora da empresa autora/recorrente e os termos editalícios -, consta a previsão de que seria emitida nota de empenho parcial e de que o restante seria empenhado posteriormente.

11. **É preciso assentar, ainda, que, diferentemente do que ocorre com o reajuste, o qual decorre de expressa determinação legal (art. 3º da Lei 10.192/2001 e inciso XI do art. 40 da Lei 8.666/93) e tem por escopo resguardar o valor real dos preços contratuais inicialmente ajustados, naturalmente corroídos pelo processo inflacionário, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro está condicionado à efetiva demonstração de álea econômica extraordinária ou extracontratual, que afete sobremaneira os encargos da empresa contratada (art. 65, II, "d", da Lei 8.666/93), o que não se verificou na presente contenda.**

12. Mantendo-se a sucumbência recíproca das partes, tal como firmada na sentença recorrida e não se constatando verídica a alegação da parte autora quanto a ter decaído apenas "de pequena parte de seus pedidos", face aos valores que atribuiu a cada uma das pretensões deduzidas na inicial, é de se manter os termos do referido decisum também quanto à distribuição da sucumbência na proporção de 70% para a demandante.

13. Quanto à pretensão de compensação, consta da sentença expressa referência à Súmula 306/STJ, sendo que a julgadora reputou aplicável ao caso concreto, no que tange à sucumbência, as regras do CPC/1973, daí porque não incidiria a vedação imposta pelo § 14 do art. 85, CPC/2015, devendo-se manter, pois, os honorários advocatícios sucumbenciais tal como fixados na instância primeira, mas com correção do erro material verificado, para consignar que a sentença aplicou as regras de sucumbência previstas no Código de Processo revogado.

14. Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC/2015, majoram-se os honorários advocatícios para 15%, mantendo a mesma proporção de 70% a cargo da parte autora, e, por consequência, 30% pelo réu, mas deve-se salientar que, quanto à majoração ora implementada, isto é, quanto aos 5% adicionais, não é permitida a compensação, considerada a vedação contida no § 14 do art. 85 do CPC/2015. 15. Recursos conhecidos e não providos. Sentença mantida. Honorários sucumbenciais elevados para 15%.

(Acórdão n.1024318, 20150111453628APC, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES 1ª TURMA CÍVEL, Julgamento: 07/06/2017, DJE: 03/07/2017. Pág.: 141-160)

PO



99. Da leitura do julgado acima, não sobejam dúvidas de que os institutos de repactuação e do reajustamento anual, embora previstos na Lei n. 8.666/1993, são aplicados a situações distintas, devendo, o Edital n. 080/2018/DER-DF, da mesma forma, fazer a distinção da aplicabilidade de cada instituto na minuta do contrato, a fim de evitar futuros problemas e a judicialização da relação entre Administração e Particular.

100. Pela forma como se encontra redigido o Item 11.2 da minuta de contrato, poderá eventualmente ser entendido que para a "concessão" do direito ao reajustamento, deverá o futuro contratado comprovar a ocorrência de desequilíbrio contratual, o que não encontra qualquer respaldo legal.

101. Caso seja mantida a confusão dos institutos nas cláusulas 11.2 e 11.3, findará por prejudicar tanto a licitante contratada que não conseguirá obter o reajustamento contratual após o transcurso do prazo de um ano, conforme previsto na legislação, quanto os profissionais e funcionários públicos que terão de aplicar e obedecer à cláusula ambígua e dúbia acerca do reajustamento e da repactuação e que não se amolda ao previsto na legislação.

102. Necessário, assim, que seja realizada a adequação no item 11.2 e, por consequência, no Item 11.3 contidos na minuta do contrato do Edital n. 080/2018/DER-DF, para que passe a diferenciar os institutos do reajuste anual em sentido estrito e a repactuação, sob pena de prejudicar a lisura do certame público e aplicação correta da legislação.

103. De forma alternativa, sugere-se a exclusão das alíneas "f)" e "g)" da minuta de contrato por versarem sobre repactuação.

#### **V – DA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DO CERTAME.**

104. Diante de todas as irregularidades apontadas ao longo da presente Representação, verifica-se que a modalidade de licitação eleita não abrange o



objeto ora licitado, além de não trazer os requisitos mínimos suficientes para a devida comprovação da qualificação técnica das licitantes e subverter as regras de reajustamento contratual, dentre outros problemas, o que certamente repercutirá negativamente ao erário e ao interesse público.

105. Nesse sentido, há grande risco de que a empresa contratada não consiga realizar o objeto do futuro contrato, ante a falta de adequada comprovação de sua capacidade técnica, formas indevidas de reajustamento etc.

106. Da mesma forma, há flagrante ilegalidade no Item editalício que almeja realizar a licitação por meio de pregão eletrônico, visto que comprovadamente os serviços licitados são especializados.

107. O prosseguimento da licitação na forma em que se encontram gera notórios prejuízos ao universo de licitantes, pois se submetem a um Edital eivado de ilicitudes, contrariedades, omissões e dubiedades, bem como à própria Administração Pública, a qual de certo será obrigada a enfrentar contestações e possivelmente poderá ter de figurar em ações judiciais.

108. Em suma, há grande risco de que o vindouro contrato administrativo se torne controverso e seja judicializado, implicando em dano ao erário distrital.

109. Assim, considerando tais assertivas, respeitosamente, pleiteia-se que seja determinada a suspensão cautelar da licitação no Edital de Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF até que este e. TCDF possa se manifestar sobre as irregularidades e ilegalidades ora noticiadas.

110. Mais a mais, tal medida não possui risco de causar dano reverso a particulares ou Administração Pública, pois somente serão suspensos atos potencialmente lesivos ao ente público, inexistindo notícia de urgência na contratação.



## VI – DOS PEDIDOS.

111. Ante todo o quadro acima exposto, o SINDUSCON-DF e ASBRACO vêm, respeitosamente, diante deste e. Tribunal de Contas do Distrito Federal, com fundamento nos princípios da legalidade, da isonomia, da proteção do interesse público, da razoabilidade, da competitividade do certame e da vinculação do ato administrativo aos comandos de regência, requerer que seja processada e julgada a presente Representação para que:

- a) Seja suspensa, cautelarmente, a sessão pública agendada para 03 de outubro de 2018, 09h15min, até ulterior reformulação do Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF;
- b) No mérito, haja a revogação ou anulação do Edital de Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF, uma vez que a licitação em comento, na modalidade de pregão, do tipo eletrônico, não pode ser admitida, sob pena de flagrante lesão aos comandos da Lei n. 10.520/2002 e Decreto 3.555/2000, eivando-se, assim, de vício invencível do certame;
- c) No mérito, haja a revogação ou anulação do Edital de Pregão Eletrônico n. 080/2018/DER-DF, uma vez que se mostra deficitário o seu Item 8.21 - Comprovação da Qualificação Técnica do Responsável Técnico - incisos VI e VII, visto que apresenta critério para comprovação da qualificação técnica notavelmente deficiente, devendo ser reformado para especificar, de forma objetiva, o que se considera como "obras compatíveis com o objeto licitado", assinalando as características, o vulto e a complexidade e, ainda, o quantitativo mínimo que esses atributos representam, para fins de julgamento;

DO



d) No mérito, haja revisão da regra de reajuste contratual, para que seja observado os moldes previstos no *caput* e no §1º do artigo 3º da Lei n. 10.192/2001 e, especificamente, para estabelecer que os contratos "SERÃO" reajustados caso vigorem por mais de um ano;

e) No mérito, haja revisão do Item 12.1 da minuta de contrato para sejam criadas cláusulas diversas para tratar do reajustamento em sentido estrito e da repactuação (direito à revisão) ou, **alternativamente**, sejam excluídas as alíneas "f)" e "g)" do Item 11.2 da minuta de contrato.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília-DF, 27 de setembro de 2018.

**Sindicato da Indústria da  
Construção Civil do Distrito Federal  
SINDUSCON-DF**  
João Carlos Pimenta  
Presidente

**Associação Brasileira de  
Construtores  
ASBRACO**  
Luiz Afonso Delgado Assad  
Presidente