



LAUDO DE JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Processo nº 113/2010 relativo ao Pregão Presencial nº 43/2010, objetivando Aquisição de tubos de PVC para uso na ampliação da rede de abastecimento de água, em extensão total de 2.370,00 metros, na localidade da Rua Felipe Schmidt e Avenida das Margaridas, conforme Anexo V do Edital.

Às 11h:00m, do dia 30 de novembro do ano de 2010, no Prédio da Prefeitura Municipal de Itapoá, sito a Rua 1.590, nº 430 – Balneário Itapoá (SC), a Pregoeira Oficial do Município, instituída pelo Decreto nº 1108/2010 de 06 de abril de 2010, Senhora FERNANDA CRISTINA ROSA, procedeu o julgamento do Recurso, via protocolo sob o número 2010/11-003942, impetrado pela empresa **HIDROLUNA MATERIAIS PARA SANEAMENTO LTDA**, no qual a mesma apresenta Recurso quanto ao edital Pregão Presencial nº 43/2010 requerendo retificação. Com relação ao referido Recurso impetrado por essa empresa, temos a esclarecer o que se segue:

1. É descabida a alegação da interessada quando invoca o art. 3º, parágrafo 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93 I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que **comprometam, restrinjam ou frustrem** o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, **da sede ou domicílio dos licitantes** ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Invocando para isto o prazo estipulado em edital de entrega do objeto de 03 (três) dias úteis a partir da ordem da entrega se atendo com as considerações que as empresas estarão competindo em caráter de desigualdade.
2. Pois bem, o edital não limita em nenhum momento áreas de abrangências ou espaço territorial, nem muito menos faz consideração à sede ou domicílios de licitantes, haja vista o pregão em epigrafe se encontrar aberto a qualquer interessado desde 22/11/2010 com ampla divulgação como manda a Lei nº 10.520/2002 e subsidiariamente a Lei nº 8.666/93. A administração pública não faz exigência alguma quanto aos possíveis interessados, podendo participar qualquer empresa, fabricante, fornecedores, comércios, qualquer ente que atenda o edital e que se encontre de forma regular nas esferas Municipal, Estadual e Federal, deixando inclusive de solicitar atestados que comprovem a entrega deste objeto para outros órgãos públicos ou privados com o intuito já de ampliar a competitividade, portanto também descabida a alegação de que há elementos que frustrem e restrinjam a competição.
3. Quanto às alegações de que as possíveis interessadas em participar da licitação em condições para fazê-lo estarão competindo em desigualdade também não há razões a adotar, pois a Administração pública com intuito de realizar a licitação realizou pesquisas de preços ou melhor dizendo orçamentos que estimam a aquisição do objeto em diferentes 05 (cinco) empresas sendo estas do Estado do Paraná e Santa Catarina,



e vale esclarecer que já manifestaram interesse de participar do pregão em epígrafe através de protocolo **Empresas do Estado da BAHIA (BA), PARANA (PR), SANTA CATARINA (SC)**; e também não há restrição alguma para que ambas participem, pois o critério é o menor preço, não a distância a percorrer. Salientando que para aquelas que se encontrarem em uma distância maior a percorrer deverá esta, reduzir os seus preços significativamente para alcançar a obtenção de êxito, e prever anteriormente todos os seus custos, gastos, e encargos, para poder atender o contrato.

4. Alega a recorrente ainda que as empresas que tenham o produto a pronta entrega e estejam próximas Itapoá talvez consigam atender o prazo de entrega estabelecido, mas aquele que mesmo possua a pronta entrega e dependam de transporte terrestre não poderão participar pela condição abusiva e editalícia. E ainda segue com os dizeres que nos encontramos num país continental e que a licitação pública deve permitir que todas as empresas do território nacional possam acudir a licitação, sem restrição; e argumenta que uma empresa sediada no Amazonas demanda de no mínimo 20 dias somente de transporte da mercadoria até a cidade de Itapoá, o que é considerado prazo mínimo para a entrega do material; e o que o objeto exige caminhões de 6 metros de comprimento o que inviabiliza o transporte aéreo ou expresso, o que permitiria as demais empresas participar da licitação, tornando a cláusula de entrega do objeto abusiva.
5. Quanto às alegações supra registre-se que é dever da Administração Pública, considerar sempre o interesse público e o princípio da economicidade, e a decisão sobre o objeto a ser adquirido e o prazo de entrega do objeto que servirão ao Município insere-se no âmbito exclusivo de discricionariedade da Administração. Isso quer dizer que o Município, com base no interesse público a ser satisfeito, entendendo ser mais conveniente e possível de fazê-lo, pode estipular o prazo de entrega em 03 (três) dias, e tem a total liberdade para fazê-lo.

A descrição do objeto do futuro contrato deve ser realizada com toda a precaução, valendo-se a Administração de estudos técnicos sólidos, para definir, de maneira precisa, o que realmente contempla o interesse público. Ora, é necessário que a Administração saiba o que quer e, para tanto, não há outro caminho agora o de procurar conhecer as possibilidades ofertadas no mercado, consultando especialistas a respeito do objeto que se pretenda contratar.

E foi este o caminho tomado pela administração pública ao realizar orçamentos dando conta do que se pretendia poderia ser realizado. E uns dos motivos justificadores que se manterá o prazo de entrega, “é garantia do interesse público”, pois estamos no mês de dezembro, mês da alta temporada, aonde a cidade recebe turistas do Brasil inteiro e até mesmo de fora do país, que aquecem a economia da cidade, e o turismo local; e uma cidade que hoje comporta aproximadamente 14.300 habitantes passa a quase 300.000 se utilizando de uma estrutura física que atende 14.300 habitantes.

Vale dizer que sendo o nosso Município pequeno e com poucos recursos, e responsável hoje pela administração do fornecimento água, que por sua vez detentor e herdeiro de sistema de abastecimento de água precário deixando pela antiga concessionária CASAN, resolveu realizar em caráter emergencial uma obra de infraestrutura tipo adutora nos pontos aonde se localizam a maior população da cidade para ajudar a atender os pontos mais críticos, que são as extremidades do Município, reforçando a rede aonde não se tem água no período de quase 9 (nove) dias entre dezembro/10 e janeiro/11 passará a ter, mesmo que em pouca escala. E para atender



esta necessidade é relato do Diretor do Depto de Águas que esta obra deverá estar concluída até dia 20/12/2010 antes do Natal, e prazo de execução para esta obra varia entre 07 (sete) e 15 (quinze) dias a depender do tempo de chuva ou sol.

6. Sobre o tema convém reproduzir as lições de Dr. JOEL DE MENEZES NIEBUHR (Licitação Pública e Contrato Administrativo):

A descrição do objeto talvez seja a fase mais delicada da licitação pública. Acontece que, por um lado, a Administração não pode restringir em demasia o objeto, sob pena de frustrar a competitividade. Por outro lado, ela não pode defini-lo de maneira excessivamente ampla, haja vista que, nesse caso, além de falecerem critérios objetivos para o julgamento das propostas, a própria consecução do interesse público é posta num segundo plano, em virtude de a Administração ter admitido propostas díspares, por força do que, é transparente, não soube ou não envidou os esforços necessários para delimitar, como devido, qual a utilidade que melhor o contempla. E isso porque, se a Administração descreveu o objeto de modo amplo demais, acaba por aceitar soluções díspares inclusive as que não satisfazem o interesse público. Assim sendo, supõe-se que ela não soube definir bem o que queria e quais as especificidades que pretendia. Por corolário, conclui-se que descuroou do interesse público, que demanda ser otimizado. [...]

A atividade de definição do objeto da licitação pública é eminentemente discricionária. Compete ao agente administrativo avaliar o que o interesse público demanda obter mediante contrato para desenvolver satisfatoriamente as atividades administrativas. [...] grifo nosso.

Pois bem, importa que a definição do objeto da licitação e todas as suas especificidades são atividades entregues à discricionariedade dos agentes administrativos, que devem sentir o quadro social, político e econômico, bem como priorizar as demandas a serem atendidas pela Administração Pública. [...]

7. Portanto averiguando os pormenores do pedido da empresa interessada conclui-se que sua solicitação não cabível ao interesse público, pois atendendo-a não se cumprirá a finalidade que se espera do produto que é a de atender a população que necessita de um bem maior, que a **“água para todos”**.

Ainda é muito freqüente que a Administração seja prejudicada em razão do comportamento de licitantes que agem em relação a ela com flagrante de má-fé, buscando ampliar os seus benefícios privados em detrimento do interesse público.

8. Ainda argúi a recorrente que no edital em tela do item nº 4.4.1 é vedada a participação de empresas suspensas de licitar com a administração pública, e que o edital não deixa claro se a suspensão trata somente do Município de Itapoá ou frente a qualquer



órgão da administração pública. E o que item da descrição não incluem as empresas declarada inidôneas e que isto fere o art.97 da Lei nº 8666/93.

9. Ora vejamos, sobre o aspecto do inciso XI e XII do artigo 6º da Lei nº 8.666/93 que vem conceituar a *Administração Pública* e a *Administração*, expressando o seguinte:

"Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;"

"Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;"

É de clareza solar que a expressão *Administração Pública* refere-se ao conjunto de todos os órgãos e entidades que integram o aparato administrativo do Estado. Já o vocábulo *Administração* diz respeito somente ao órgão ou entidade pelo qual a *Administração Pública* opera, isto é, aquele que realiza a licitação, que firma o contrato.

Ora, como se percebe com extrema facilidade, o inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 prescreve expressamente que a penalidade de suspensão temporária incide sobre a *Administração*, isto é, somente sobre o órgão ou entidade contratante. Noutro lado, o inciso IV do mesmo artigo prescreve que a declaração de inidoneidade incide sobre a *Administração Pública*, isto é sobre todo o aparato administrativo do Estado.

Portanto quem é declarado inidôneo não pode participar de licitação nem ser contratado por qualquer órgão ou entidade integrante do aparato administrativo estatal, isto é por qualquer órgão ou entidade que exerça função administrativa. Em sentido bem diferente, quem é suspenso temporariamente somente não pode participar de licitação e contratar com aquele órgão ou entidade que aplicou a penalidade.

Em suma, a sanção de suspensão temporária, prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, cinge-se à *Administração*, portanto incide apenas sobre o órgão ou entidade responsável pela aplicação dela. Sem embargo, a sanção de declaração de inidoneidade, versada no IV do artigo 87 da Lei nº 8.666/93, estende-se por toda a *Administração Pública*, isto é, por todo o aparato administrativo estatal. Pois bem, em vista disso, questiona-se se ela produz efeitos apenas sobre o aparato administrativo do ente estatal que aplicou a penalidade, ou se ela produz efeitos efetivamente por toda a Administração Pública Nacional, aí compreendendo o aparato administrativo de todos os entes federativos.

CARLOS ARI SUNDFELD enfrentou essa questão, tendo lançado as seguintes ponderações:

"A tendência inicial do intérprete, raciocinando por padrões meramente lógicos, é a de, constatando ser a inidoneidade um dado subjetivo, que acompanha a empresa onde ela for, sustentar o caráter genérico das sanções de que se cuida."



Deveras: em termos racionais, é impossível ser inidôneo para fins federais e não sê-lo para efeitos municipais.

Mas há de considerar um fator jurídico de relevância a afastar o mero enunciado lógico. Silente a lei quanto à abrangência das sanções, deve-se interpretá-la restritiva, não ampliativamente, donde a necessidade de aceitar, como correta, a interpretação segundo o qual o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção. Adotar posição oposta significaria obrigar alguém a deixar de fazer algo sem lei específica que o determine, em confronto com o princípio da legalidade, o que, especialmente em matéria sancionatória, deve ser entendido como da estrita legalidade."

Porém a doutrina e a jurisprudência não são pacíficas sobre o tema. Registre-se, por oportuno, precedente da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Leia-se a ementa do acórdão:

"ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - SUSPENSÃO TEMPORÁRIA - DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA - LEGALIDADE - LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. - A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. - A limitação dos efeitos da "suspensão de participação de licitação" não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública." Recurso especial não conhecido."

10. Portanto quanto estas razões apresentadas pela recorrente ainda que mesmo não haja passividade de entendimento pela doutrina e jurisprudência, ACATO as razões apresentadas para que se proceda uma errata ao edital retificando as cláusulas mencionadas.
11. Se insurge também a recorrente quanto ao prazo de pagamento estipulado no edital que alega ser superior a 30 (trinta) dias cláusula esta que fere o parágrafo XIV do art. 40 da Lei nº 8.666/93, já que o fornecedor ao entregar no dia 16 do mês receberá o valor devido somente após 30 (trinta) dias. E que não prevê reajuste de preços por atraso do pagamento como obriga o mesmo parágrafo e artigo da Lei nº 8.666/93.



12. Portanto, *smj*, não resta dúvida que equivocado é o entendimento da recorrente, vejamos o que depende o parágrafo XIV do art. 40 da Lei nº 8.666/93:

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:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

13. Primeiramente passamos a relatar que no Direito Civil, “adimplemento”, também chamado de pagamento, compreende uma das formas de extinção de uma determinada obrigação através do seu cumprimento pelo devedor. O caso mais comum de forma de adimplemento é a entrega de dinheiro ao credor, e estão previstos nos Artigos 304 a 333, do Código Civil (Parte Especial, Livro I, Título III, Capítulo I).

Assim sendo o edital em tela trata da matéria da seguinte forma:

EDITAL

11. DO REAJUSTE E DO PAGAMENTO

11.3. Homologada a licitação e assinado o Contrato Administrativo, a Adjudicatária fará entrega do produto conforme solicitado por pessoa credenciada, juntamente com nota fiscal correspondente ao serviço, que será paga entre os dias 22 e 25 de cada mês, desde que entregue até o dia 15(quinze).

MINUTA CONTRATUAL

CLÁUSULA QUARTA: DAS CONDIÇÕES E FORMA DE PAGAMENTO

4.1 – Para fins de controle de consumo e orçamentário, a CONTRATADA encaminhará a CONTRATANTE, a Fatura/Nota Fiscal, sendo que **o pagamento será efetuado até o 10º (décimo) dia útil posterior à data de apresentação da Fatura/Nota Fiscal e entrega dos objetos.** (grifo nosso).

Ora então vejamos que não há descumprimento da administração em nenhum momento, pois o no item nº 11 do edital tratou a Administração da matéria de forma relativa possuindo validade somente em caráter orientativo de procedimentos internos contábeis, porém a que se analisar que todos os procedimentos quanto ao pagamento esta totalmente



atrelado a “entrega do objeto e a expedição a fatura nota fiscal”, haja vista que tudo depende da adjudicação, homologação, assinatura do contrato, e ordem de entrega, que de primeiro momento não podemos definir precisamente em que dia do mês este ocorrerá.

Então vejamos que o lastro entre a possível data de entrega e pagamento atende o rigor da Lei, pois se ocorrer a entrega no dia 15 do mês, o pagamento será efetuado entre os dias 22 e 25, ou seja, 07 (sete) ou 10 (dez) dias após a entrega, e como é cláusula condicionante a entrega do objeto em 03 (três) dias a contar ordem de entrega dificilmente passará do dia 15 (quinze) até porque o contrato esta condicionado aos créditos orçamentários, ou seja, com termino em 31/12/2010.

Agora na cláusula quarta contratual trata-se exclusivamente de forma precisa que o pagamento será **até o 10º (décimo) dia útil posterior à data de apresentação da Fatura/Nota Fiscal e entrega dos objetos**. Portanto não há o que se falar em descumprimento da alínea “a”, parágrafo XIV do art. 40 da Lei nº 8.666/93, pois o pagamento não será nunca superior a 30 (trinta) dias.

E quanto a alegação da recorrente em o edital não prevê **“reajuste de preços”** por atraso do pagamento como obriga o mesmo parágrafo e artigo da Lei nº 8.666/93. Primeiramente vale esclarecer a recorrente sobre o que é, sua previsão legal, e aplicabilidade do reajuste de preços, então vejamos:

O reajuste de preços está previsto primeiramente no art.4, XI, da Lei nº 8.666/93 (BRASIL,2010^a) que tem a seguinte redação:

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

[...]

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

Salutar transcrever as considerações acerca do reajuste realização por Marçal Justen Filho (2009, p.761):

Já o reajuste de preço é uma solução desenvolvida na experiência estrangeira, mas que recebeu aplicação muito intensa na prática contratual brasileira. Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos.

Com o passar do tempo, generalizou-se a prática de indexação em todos os campos. A prever, desde logo, a variação dos preços contratuais segundo a variação de índices (predeterminados ou não). **Essa pratica é identificada como**



“reajuste” de preços. Trata-se de alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias. (grifo nosso).

Cabe-se observar também a disciplina contida na Lei nº 10.192, de 14/02/01, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, e dá outras providências.

Desta feita, admite-se o reajuste por índice de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

Portanto da análise do dispositivo e da doutrina descrita, o reajuste de preços seria possível caso entre a data de apresentação da proposta ou da elaboração do orçamento a que a proposta se referir e a data final da ata de registro de preços ultrapassasse 1 (um) ano.

Por essa razão, **qualquer reajustamento de valores com periodicidade inferior e a doze meses viola o princípio da legalidade, que a Administração Pública se submete.**

Outrossim, a citada legislação dispõe que o reajustamento de preços será devido após o transcurso interregno de um ano, a contar da data-limite para a apresentação das propostas ou do orçamento a que esta se referir (art. 3º da Lei nº 10.192/01).

Assim, somente se preenchido os requisitos autorizadores é que se admite a concessão do reajuste de preços.

E para finalizar a explanação é incabível reajustes de preços em caso de atraso de pagamentos pela administração pública, se embasando pelo parágrafo XIV do art. 40 da Lei nº 8.666/93.

Porém do parágrafo XIV do art. 40 da Lei nº 8.666/93, vejamos a alínea “d”:

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

Por oportuno é válido registrar de antemão que o TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA – TCE/SC, já se pronunciou a respeito, então vejamos o entendimento no prejudgado nº 446/1997:

0446

1. É admissível a previsão de pagamento de juros, desde que os índices fixados estejam de acordo com taxas oficiais, e a sua aplicação seja pro rata die conforme artigo 40, XIV, "d", da Lei nº 8.666/93.

2. Não é recomendável a previsão de pagamento de multa, por contrariar o interesse público, uma vez que não há previsão legal expressa e por caracterizar o oferecimento de um ganho real para o contratado.



Prefeitura Municipal de Itapoá/SC
Secretaria de Administração e Finanças – Licitações e Contratos
Av. 1590, nº 430 – Balneário Itapoá – 89249-000 Itapoá (SC) - CNPJ 81.140.303/0001-01

Pelas razões elencadas acima acolho o pedido da recorrente para que se proceda a retificação do edital em tela passando a incluir cláusula por atraso do pagamento por parte da Administração Pública.

Face ao exposto, **DEFIRO PARCIALMENTE** o recurso impetrado pela empresa **HIDROLUNA MATERIAIS PARA SANEAMENTO LTDA.**

Itapoá, 30 de novembro de 2010.

FERNANDA CRISTINA ROSA
Pregoeira Oficial do Município