DECISÃO LIMINAR DLM - G.WNB - 46/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/2547/2022
PROTOCOLO	: 2156753
ÓRGÃO	: EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SOCIEDADE ANÔNIMA
JURISDICIONADO E/OU INTERESSADO (A)	: WALTER BENEDITO CARNEIRO JUNIOR
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
RELATOR	: Cons. WALDIR NEVES BARBOSA

DENÚNCIA – LICITAÇÃO – OBRA DE SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO – SUPOSTA ARBITRARIEDADE NA RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO E APLICAÇÃO DE PENALIDADES – LEGALIDADE DA DECISÃO – FALTA DE COMPROVAÇÃO DE IMPREVISIBILIDADE OU DE JUSTA CAUSA PARA REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – MEDIDA LIMINAR NEGADA.

Vistos, etc.

Trata-se de **Denúncia**, com pedido de liminar, formulado pela empresa **DCA Construtora EPP**, visando a suspensão e anulação da decisão da **Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul - Sanesul** de rescisão unilateral do Contrato nº 118/2020, com aplicação de multa de 10% e suspensão de contratar com a empresa pelo prazo de 13 meses.

O Contrato nº 118/2020 é fruto do certame licitatório nº 022/2020, do processo administrativo nº 483/2020-00, o qual teve por objeto a contratação de empresa para a execução de obras de ampliação do Sistema de Esgotamento Sanitário (SES) de Rio Verde de Mato Grosso/MS, com a implantação de rede coletora de esgoto e ligações domiciliares de esgoto.

Em síntese, a denunciante alega que a rescisão e a punição foram impostas de forma arbitrária, pois no contexto da pandemia de Covid-19 houve necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro da contratação, medida que

teria sido rejeitada pela Sanesul. Cita a Teoria da Imprevisão para defender o reequilíbrio e exemplifica com Tubo de PVC que na época da apresentação da proposta custava em média R$ 150,00 e em 13/10/2020 já estava com preço R$ 253,00, ou seja, um aumento e 68,66%, além inclusive da falta de tubos no mercado. (peças 1-3).

Após a intimação, o Presidente da Sanesul fez a defesa da decisão de rescindir o contrato e aplicar as penalidades (peças 10-13).

Eis o breve relatório. Passo à Decisão.

A empresa **DCA Construtora EPP** apresentou denúncia a esta Corte, com pedido de liminar, visando a suspensão da decisão que rescindiu Contrato nº 118/2020 e aplicou multa de 10% e penalidade de suspensão de contratar com a Sanesul pelo prazo de 13 meses.

Este Relator preferiu a oitiva do jurisdicionado antes de decidir o pedido de liminar, o que passa a fazer agora.

O Presidente da Sanesul, ao defender a rescisão contratual e a aplicação das penalidades, enfatizou a Pandemia de Covid-19 já estava em curso há vários meses quando a empresa DCA Construtora EPP apresentou sua proposta e foi declarada vencedora da licitação, em 20/08/2020, não fazendo sentido a utilização da Teria da Imprevisão.

Sustentou que os cálculos apresentados pela empresa denunciante são divergentes dos procedimentos e dos critérios adotados pela Sanesul, vez que não foram contemplados os preços de referência Sinapi/Sicro, bem como não foi aplicado o desconto de 30,34% concedido no certame (proposta vencedora da licitação), logo, restando, assim, demonstrado a não abrangência do reequilíbrio econômico-financeiro pretendido no Contrato n. 118/2020.

Por fim, o dirigente da estatal salientou que, conforme a **matriz de risco** anexo ao edital, o erro na estimativa dos custos da construção, como o aumento do preço de materiais essenciais/equipamentos/mão-de-obra são de responsabilidade privativa da contratada.

Razão assiste ao Presidente da Sanesul, pois **não há que se falar em Teoria da Imprevisão para uma licitação ocorrida em 20/08/2020 quando se sabe que a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou o estado de pandemia mundial no dia 11 de março de 2020 e o Decreto Federal nº 06, de 20 de março de 2020, estabeleceu situação de emergência no País em razão da doença**.

Assim, a empresa deveria ter levado em consideração esse cenário quando elaborou sua proposta licitatória. Além disso, como bem apontou a estatal, a **matriz de risco**, que é anexo do edital, deixou claro que a responsabilidade é da contratada por eventual erro na estimativa dos custos da construção, como o aumento do preço de materiais essenciais/equipamentos/mão-de-obra.

Quanto ao preço apontado pela denunciante, que a exemplo do Tubo de PVC, que na época da apresentação da proposta custava em média R$ 150,00, e em 13/10/2020 teria subido para R$ 253,00, a decisão de rejeição do reequilíbrio financeiro tomada pela Sanesul está em consonância com a interpretação das Cortes de Contas de que, em regra, os orçamentos de obras são estimados com base nas tabelas Sinapi/Sicro.

Nesse aspecto, a jurisprudência do TCU: [...] tem considerado que **os preços medianos constantes do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil–Sinapi são indicativos dos valores praticados no mercado e, portanto, há sobrepreço quando o preço global está injustificadamente acima do total previsto no Sinapi** (Acórdão nº 618/2006-Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Brasília, 26 abr. 2006).

Mais recentemente, o TCU ao apreciar uma representação, com pedido cautelar, no Acórdão nº 324/2021-Plenário, formulado por uma empresa de engenharia sobre possíveis irregularidades na licitação para recuperação de fachada de determinado Hospital Federal, decidiu que a Tabela Sinap é de **uso obrigatório** na elaboração de orçamentos de obras de edificações custeadas com recursos federais, em obediência ao art. 3º do Decreto Federal nº 7983/2013.

Além disso, a empresa denunciante alegou a variação de preços (com base em pesquisa de mercado, com fornecedores), mas não os comprovou nestes autos. Após a rejeição de sua primeira solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro, em razão de a Sanesul considerar que a variação de preço não restou demonstrada, **a denunciante até chegou a juntar um CD, alegando que ali constavam informações e provas detalhadas (ofício nº 1512/2021), porém, não anexou esses documentos neste processo**, conforme se vê à fl. 813, parte final.

Relevante destacar, ainda, que o preço global da empresa vencedora dessa licitação foi de **R$ 2.660.000,00**, sendo que seu pleito para reequilíbrio de **R$ 1.340.305,00**. A solicitação foi baseada no reajuste de todos os itens em descompasso com as regras seguidas pela estatal. E mais: sem considerar o desconto de 30,34% em relação ao preço de referência (anulando efeito da competição licitatória), conforme fl. 1035.

Observo que a decisão da Sanesul foi tomada de acordo com o previsto nos artigos 184, 204 e 206 do seu Regimento Interno (RILC) e nas cláusulas 12 e 13 do Contrato nº 118/2020, com a inexecução substancial tendo justificado a rescisão unilateral do contrato. A aplicação da multa integral (10%) decorreu do fato da inadimplência de 84% da obra após esvaído o prazo de 12 meses para execução. Já a suspensão do direito de contratar com a estatal por 13 meses também demonstra proporcionalidade, posto que o prazo máximo seria de 2 anos e, a par da inexecução da maior parte da obra, ainda houve advertência anterior à empresa contratada em razão da não execução da devida compactação, falta de empenho no fechamento das valas, execução de nova rede sem permissão e ausência de sinalização adequada nos trechos/valas abertas (fl. 1038).

Some-se a tudo quanto foi exposto que os Tribunais de Contas, assim como os órgãos do Poder Judiciário, não podem adentrar no mérito das decisões punitivas da administração pública. Só cabe averiguar se houve pleno respeito ao contraditório e ampla defesa antes da aplicação da penalidade e se a decisão é legal.

Em sede de Denúncia com pedido de liminar, este Tribunal de

Contas atua de forma preventiva na fiscalização das licitações públicas, a fim de evitar irregularidades e corrigi-las antes da ocorrência de qualquer dano. Não sendo constatada irregularidade, inexiste aplicação de medida cautelar e o caminho natural deste processo é a improcedência e o arquivamento, conforme previsto no art. 129, I, “a”, “b” e “c”, do RITCE/MS. À propósito, colho a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (grifo nosso):

> *ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INVESTIGADOR DE POLÍCIA CIVIL DEMITIDO POR ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. NULIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. IMPUGNAÇÃO, EM AGRAVO INTERNO, MEDIANTE PRECEDENTES ULTRAPASSADOS. IMPOSSIBILIDADE. ADPF 388. MODULAÇÃO DE FEITOS. INEXISTÊNCIA. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*
>
> *I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 14/06/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73. II.* ***É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que "o controle do Poder Judiciário no tocante aos processos administrativos disciplinares restringe-se ao exame do efetivo respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, sendo vedado adentrar no mérito administrativo. O controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos diz respeito ao seu amplo aspecto de obediência aos postulados formais e materiais presentes na Carta Magna, sem, contudo, adentrar o mérito administrativo.*** *Para tanto, a parte dita prejudicada deve demonstrar, de forma concreta, a mencionada ofensa aos referidos princípios" (STJ, RMS*

47.595/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/10/2015).

III. Tendo a decisão agravada acolhido a tese de nulidade do processo administrativo disciplinar do qual resultara a aplicação da pena de demissão ao ora agravado, mostra-se inviável perquirir a eventual gravidade das condutas imputadas ao referido servidor, por se tratar de matéria reservada ao mérito, a ser apurado oportunamente, pela Administração, em um novo procedimento disciplinar, pautado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ e do STF, a participação de integrante do Ministério Público em Conselho da Polícia Civil torna nulo o procedimento administrativo instaurado para processar e julgar servidor público estadual, por prática de ato infracional.

Precedentes: STF, ADI 3298, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe de 28/06/2007; STF, ADI 3574, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, DJe de 31/05/2007; STF, RE 740.813, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 21/11/2014; STF, RE 676.733/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2013; STJ, AgRg no RMS 47.777/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/08/2015; STJ, AgRg no RMS 30.569/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe de 12/08/2015; STJ, AgRg no RMS 44.598/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/08/2015.

V. O Agravo interno, fundado em precedentes jurisprudenciais ultrapassados, é incapaz de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.120.463/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/03/2010. VI. A modulação de efeitos das decisões proferidas

> *pelo STF, em sede de ADPF, somente é possível mediante expressa deliberação de, ao menos, dois terços dos membros daquela Corte, nos termos do art. 11 da Lei 9.882/99 ("Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado").*
> *VII. O STF, no julgamento da ADPF 388, não se pronunciou acerca de uma eventual modulação dos efeitos da decisão ali proferida, no sentido de validar o exercício, pelos membros do Ministério Público, de função pública em órgão não pertencente à estrutura do Parquet.*
> *VIII. Agravo interno improvido.*
> *(AgInt no RMS 49.202/PR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 09/05/2017)*

É o caso destes autos, pois **não houve a comprovação de qualquer irregularidade na rescisão contratual e punição da empresa denunciante** que pudesse gerar a nulidade do procedimento decisório da Sanesul.

Diante do exposto, **INDEFIRO A LIMINAR PLEITEADA** pela empresa denunciante, nos termos do art. 149 do RITCE/MS, e determino a remessa destes autos à Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente para manifestação e ao Ministério Público de Contas para emissão de parecer.

É a Decisão.

Publique-se. Intime-se.

Campo Grande/MS, 12 de abril de 2022.

WALDIR NEVES BARBOSA
GAB. CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

JRA/2022-04