

PROTOCOLO Nº: 01-073790/2023
INTERESSADO: MUNICÍPIO DE CURITIBA
ASSUNTO: EDITAL LPN. PADRÃO BID
PARECER Nº: 4662/2023

Protocolo: 01-073790/2023

Interessado: Município de Curitiba e Banco Interamericano de Desenvolvimento - BID

Assunto: Minuta do Edital – Licitação Pública Nacional - padrão BID – política de aquisições – GN 2349-15

EMENTA: Licitação Pública Nacional. Edital padrão BID. Possibilidade Jurídica. Aprovação com ressalvas.

I- RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo eletrônico oriundo da Unidade Técnico Administrativa - UTAG, tendo por objeto o edital de Licitação Pública Nacional - LPN, visando a contratação de empresa para execução de obras de infraestrutura viária e de engenharia e arquitetura para ampliação da capacidade da linha direta do Inter 2, ação integrante do Programa de Mobilidade Sustentável de Curitiba, aumento da capacidade e velocidade do Inter 2.

O objeto contempla a requalificação de diversas ruas e ampliação do viaduto sobre a Linha Verde.

O valor referencial da licitação é de R\$ 138.708.600,67 (cento e trinta e oito milhões, setecentos e oito mil, seiscentos reais e sessenta e sete centavos).

Constam dos autos os seguintes documentos principais:

1. Ofício 19/2023 – UTAG solicitando a abertura de processo administrativo para a contratação do objeto, mov1.1;

2. Declaração de opção pela aplicação subsidiária da Lei 8.666/3, mov.3.1;
3. Informação 39/2023 SMOP-UTACC, mov.7.1;
4. Análise técnica 180/2023 SMOP-UTACC, mov.10.8;
5. Declaração quanto à elaboração do orçamento e de que os preços estão de acordo com os praticados pelo mercado, mov.12.1;
6. Resumo do orçamento principal, mov.12.2;
7. Orçamento principal, mov.12.3;
8. Orçamento auxiliar, mov.12.4-12.6;
9. Composição de custos unitários sintético, mov.12.7;
10. Composição de custos unitários analítico, mov.12.8;
11. Mapa de cotações, mov.12.9;
12. Mapa de cotações – RDU, mov.12.10;
13. Composição do BDI, mov.12.11;
14. Composição dos encargos sociais, mov.12.12;
15. Cronograma físico financeiro, mov.12.13;
16. Planilha orçamentária, mov.12.14;
17. Quadro de ARTs, mov.12.15;
18. Especificação do objeto, valor máximo admitido, prazo de execução e vigência, modalidade licitatória e regime de execução, mov.16.1;
19. Deliberação da assessoria de captação de recursos, mov.19.1;
20. Ata da reunião do conselho de gestão e responsabilidade fiscal – CGRF, mov.21.1;
21. Autorização para licitar nº 4286, com a respectiva declaração do ordenador de despesas, mov.28.1;

22. Projeto executivo de contenções, mov.32.1;
23. Projeto executivo de drenagem, mov.32.2;
24. Estudos geotécnicos, mov.32.3;
25. Projeto executivo estrutural – alargamento do viaduto, mov.32.4;
26. Projeto executivo estrutural – pontilhões, mov.32.5;
27. Projeto executivo de geometria, mov.32.6;
28. Estudos hidrológicos, mov.32.7;
29. Projeto executivo de iluminação, mov.32.8;
30. Memória justificativa – levantamento de interferências, mov.32.9;
31. Projeto executivo de paisagismo, mov.32.10;
32. Projeto executivo de pavimentação, mov.32.11;
33. Planta do plano de execução, mov.32.12;
34. Projeto executivo de fibra ótica, mov.32.13;
35. Projeto executivo de sinalização semafórica, mov.32.14;
36. Projeto executivo de sinalização, mov.32.15;
37. Projeto executivo de terraplanagem, mov.32.16;
38. Estudos topográficos, mov.32.17;
39. Projeto executivo de contenções, mov.32.18;
40. Projeto executivo de drenagem, mov.32.19;
41. Estudos geotécnicos, mov.32.20;
42. Projeto executivo estrutural, mov.32.21;
43. Projeto executivo de geometria, mov.32.22;
44. Estudos hidrológicos, mov.32.23;
45. Projeto executivo de iluminação, mov.32.24;

46. Memória justificativa - levantamento de interferências, mov.32.25;
47. Projeto executivo de paisagismo, mov.32.26;
48. Projeto executivo de pavimentação, mov.32.27;
49. Planta do plano de execução, mov.32.28;
50. Projeto executivo de fibra ótica, mov.32.29;
51. Projeto executivo de sinalização semafórica, mov.32.30;
52. Projeto executivo de sinalização, mov.32.31;
53. Projeto executivo de terraplanagem, mov.32.32;
54. Estudos topográficos, mov.32.33;
55. Projeto executivo de arquitetura, mov.32.34;
56. Projeto executivo de instalações para comunicações, mov.32.35;
57. Projeto executivo de arquitetura – comunicação visual, mov.32.36;
58. Projeto executivo de instalações elétricas, mov.32.37;
59. Projeto executivo estrutural, mov.32.38;
60. Projeto executivo de arquitetura – instalações hidráulicas, mov.32.39;
61. Projeto executivo de arquitetura – impermeabilização, mov.32.40;
62. Projeto executivo de arquitetura – prevenção de incêndio, mov.32.41;
63. Projeto executivo de arquitetura e complementares – memória justificativa, mov.32.42;
64. Projeto executivo de arquitetura – paisagismo, mov.32.43;
65. Projeto executivo SPDA – Estação Xaxim, mov.32.44;
66. Estudos topográficos, mov.32.45;
67. Licença prévia ambiental, mov.33.1;
68. Parecer técnico sobre a licença prévia ambiental, mov.33.2;

69. Justificativa para a contratação, declaração quanto análise, avaliação e aprovação dos documentos técnicos, declaração de não restrição à competitividade, justificativa sobre as licenças ambientais, justificativa para subcontratação até o limite de 30%, justificativa para a diferença temporal entre o prazo de execução e vigência, declaração acerca da inexistência de contrato vigente com objeto idêntico, justificativa para o parcelamento da obra em lotes, declaração de que a exigência de qualificação técnica não ultrapassa 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância, justificativa quanto a escolha do regime de empreitada, declaração quanto a aprovação dos projetos pela autoridade superior e declaração de aprovação da minuta do edital pelo órgão promotor, mov.33.3;
70. Declaração de não complexidade do objeto, mov.33.4;
71. Justificativa do interesse na contratação, mov.33.5;
72. Declaração acerca do domínio público da área, mov.33.6;
73. Justificativa para divisão da obra em lotes, mov.33.7;
74. Decreto de designação da comissão especial de licitação, mov.33.8;
75. Não objeção do BID, mov.33.10;
76. Aprovação da minuta do edital pelo presidente da comissão, mov.33.11;
77. Minuta do edital LPN, mov.33.12;
78. Despacho UTAG, mov.34.1.
- 79. Ausente termo de designação de gestor e suplente, com a respectiva anuência dos servidores;**
- 80. Ausente justificativa para adoção de índices;**
- 81. Ausente justificativa para adjudicação por menor valor global.**

Os autos foram encaminhados a este Núcleo de Assessoramento Jurídico junto à UTAG para exame prévio, com fundamento no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93.

É o relatório.

II – DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Salienta-se que o exame aqui empreendido se restringe aos aspectos exclusivamente jurídicos do procedimento, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica, inclusive quanto ao detalhamento do objeto do ajuste, suas características, requisitos, especificações e valores. Sobre tais dados, parte-se da premissa de que a autoridade competente se municiou dos conhecimentos específicos imprescindíveis à sua adequação às necessidades da Administração.

Convém sublinhar que, parte das observações expendidas por este órgão de assessoramento jurídico não passam de recomendações, com vistas a salvaguardar a autoridade administrativa assessorada, e não a vincular.

Caso se opte por não as acatar, não haverá, necessariamente, ilegalidade no proceder, mas assunção de risco. O acatamento ou não das recomendações decorre do exercício da competência discricionária da autoridade assessorada.

Por outro lado, o prosseguimento do feito sem a observância de questões que envolvam a legalidade, de observância obrigatória pela Administração, são de responsabilidade exclusiva do órgão.

Presume-se, outrossim, que a autoridade consulente e o ordenador de despesas tenham competência para praticarem os atos da pretendida contratação.

III – ANÁLISE JURÍDICA

Consoante indicam os autos, a contratação foi deflagrada sob a égide das guidelines do BID, na modalidade LPN – Licitação Pública Nacional/Concorrência Pública, posto que atrelada ao Programa Aumento da Capacidade e Velocidade do Inter 2, projeto BR-L1532.

Tratando-se de contratação financiada com recursos do BID, aplica-se ao caso o disposto no artigo 42, § 5º da Lei 8.666/93, in verbis:

“Art.42 (...)

§5º Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, **poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades**, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, **e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo** e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.” (Destacou-se)

Do cotejo do dispositivo, constata-se que o ordenamento jurídico nacional reconhece situações nas quais os certames podem ser regidos por normas internacionais, estranhas à Lei Geral de Licitações. Normas estas estabelecidas em “acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional” ou emanadas de determinadas entidades internacionais, a saber, agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais dos quais o Brasil participe.

Quanto às normas estabelecidas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, após os trâmites de praxe, passam a ser aplicáveis de modo concomitante com as disposições da Lei Geral de Licitações e legislação correlata.

Por outro lado, a aplicabilidade das normas dos manuais e regulamentos editados por agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais, esta sim, decorre da autorização do legislador derivado, consignada no § 5º do art. 42 da Lei Geral de Licitações.

De acordo com o dispositivo, a aplicação de tais normas deve ser uma exigência da entidade internacional em contrapartida ao financiamento ou à doação de recursos para a contratação pretendida. Mais além, deve ser objeto de despacho motivado do responsável pela execução do contrato, ratificado pela autoridade imediatamente superior, no órgão (ou entidade) demandante.

Comprovado o atendimento destas condições, as normas dos manuais e regulamentos editados por agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismos financeiros multilaterais podem

afastar disposições da Lei Geral de Licitações, ao estabelecer, por exemplo, procedimentos de seleção diferentes das modalidades tradicionais de licitação previstas na lei brasileira.

A doutrina adverte que este afastamento da Lei Geral de Licitações é sempre relativo e parcial, não podendo alcançar as disposições daquele diploma atinentes a questões de ordem pública ou ao regime jurídico próprio da administração pública brasileira.

Neste sentido, Rafael Wallbach Schwind assevera que:

Ainda que possam ser adotados procedimentos licitatórios totalmente diversos dos previstos na lei, não há propriamente o afastamento da Lei n.º 8.666, de 1933. Essa lei contém uma série de previsões relativas a assuntos diversos (responsabilidade fiscal, prerrogativas contratuais da Administração, crimes e sanções penais e administrativas, direitos dos licitantes, entre outros) que não são de nenhuma forma afastados simplesmente por haver a aplicação de normas de um organismo internacional.

A jurisprudência do TCU consagrou entendimento mais ampliado da questão, segundo o qual:

- as normas de agências e organismos internacionais não podem conflitar com os princípios reitores das licitações inscritos na Constituição Federal; e
- a observância de tais normas específicas não afasta a aplicação subsidiária das disposições da Lei Geral de Licitações naquilo em que não conflitarem.

De igual forma o Tribunal de Contas do Estado do Paraná também exarou seu entendimento. Eis o teor:

“Contratação pública – Licitação – Internacional – Recursos de organismos estrangeiros – Não aplicação da Lei nº 8.666/93 – TCE/PR

É possível a realização de contratação obedecendo a regras licitatórias determinadas por organismo financiador externo, em contrariedade a esta lei desde que sejam condições indispensáveis à concessão do financiamento com recursos externos, estipulados pelo organismo internacional; sejam regras estipuladas no ato convocatório e devidamente justificadas e que não afrontem os princípios da Administração Pública”. (TCE/PR, Resolução nº 3.872/95.)

É exatamente a hipótese de que ora se cuida, posto que, por ocasião da assinatura do contrato de financiamento, o Município de Curitiba se obrigou contratualmente a fazer uso do regramento do BID para as contratações que se fizessem necessárias.

Destarte, a análise jurídica do presente Edital consistirá na verificação de conformidade das etapas instituídas pelas guidelines do BID, observados, também, os demais princípios da licitação, que decorrem do princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio texto constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes.

DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

O Edital deve estabelecer de forma clara que a licitação é a LPN – Licitação Pública Nacional, e que a Lei 8.666/93 se aplica de forma subsidiária.

Nos termos do manual de aquisições do BID:

“A licitação pública nacional (LPN) é o método de licitação competitiva empregado normalmente nas contratações do setor público no país do Mutuário e pode constituir o método mais eficiente e econômico de adquirir bens ou executar obras quando, dadas as características e alcance dessas aquisições, não seja provável que atraiam concorrência internacional. Para que o Banco os considere suscetíveis de financiamento com fundos provenientes dos seus empréstimos, estes procedimentos devem ser revisados e modificados na medida necessária para corresponder aos Princípios Básicos de Aquisições e ser amplamente coerentes com as disposições estipuladas na Seção I destas Políticas. A LPN pode ser o método de contratação mais apropriado quando não se espera que licitantes estrangeiros manifestem interesse porque: (a) os valores contratuais são pequenos; (b) trata-se de obras geograficamente dispersas ou escalonadas no decorrer do tempo; (c) as obras exigem um uso intensivo de mão de obra; ou (d) os bens ou obras podem ser obtidos ou contratados localmente a preços inferiores aos do mercado internacional. Os procedimentos da LPN podem ser utilizados também quando for evidente que as vantagens da LPI são anuladas pela carga administrativa e financeira envolvida.”

Nos termos do Manual de Aquisições do Executor, a Licitação Pública Nacional é cabível para a contratação de obras com custo estimado inferior a US\$ 25 milhões de dólares. O valor estimado da presente contratação é de R\$ 138.708.600,67 (cento e trinta e oito milhões, setecentos e oito mil, seiscentos reais e sessenta e sete centavos).

Destarte, escoreita a escolha da modalidade.

DO DOCUMENTO PADRÃO DE LICITAÇÃO - DPL

Do cotejo dos documentos que instruem a contratação em apreço, verifica-se que nos exatos termos das regras instituídas pelo BID, GN 2349-15, foi utilizado o DPL – Documento Padrão de Licitação.

“Os Mutuários deverão utilizar os Documentos Padrão de Licitação (DPL) emitidos pelo Banco, com modificações mínimas, que o Banco aceite, e que sejam necessárias à adequação dos documentos a condições específicas do projeto. Somente poderão ser introduzidas modificações na seção de dados do documento ou do contrato ou nas condições especiais do contrato, vedando-se a introdução de modificações no texto padrão dos Documentos Padrão de Licitação do Banco. Para os casos em que o Banco não disponha de Documentos Padrão de Licitação, o Mutuário poderá utilizar outras condições e modelos padronizados de contrato, internacionalmente reconhecidos, desde que o Banco as considere aceitáveis.”

Após a confecção do Edital, foi dada a Não Objeção pelo BID.

DO REGIME DE EMPREITADA POR PREÇO UNITÁRIO

A empreitada é um regime de execução no qual o contratado fica encarregado de prestar o serviço, responsabilizando-se tanto pela mão de obra como pelo material necessário para a consecução do objeto ajustado. Tal característica é comum às três espécies de empreitada.

A empreitada por preço unitário e a empreitada por preço global são formas de execução indireta de obras que implicam a assunção da mesma obrigação pelo contratado, distinguindo-se em virtude do critério para a definição da remuneração do empreiteiro.

Na empreitada por preço unitário as quantidades medidas serão as efetivamente executadas e o valor da obra não é certo.

A opção pelo regime de execução é determinada pelo grau de precisão do projeto que se pretende executar ou pela possibilidade de modulação do serviço contratado.

Embora a escolha do regime seja de competência dos técnicos, recomenda-se seja observado o Acórdão nº 1977/2013 TCU, que traça diretrizes para a correta escolha do regime de execução:

O aresto orienta que “a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, entre outras”.

Destarte, recomenda-se seja observado no julgamento o critério de aceitabilidade para preço de cada insumo.

DA ADJUDICAÇÃO POR MENOR PREÇO GLOBAL

Veja-se que o art. 15, inc. IV e o art. 23, §1º, ambos da Lei nº 8.666/93, trazem a previsão de que “as compras, sempre que possível, deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias”, e as obras, serviços e compras, serão divididas “em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis”.

Assim, a Administração deve realizar uma análise em que se coteje a necessidade/vantajosidade de licitar o objeto de forma conjunta, sob o enfoque da inviabilidade técnica ou econômica; ou ao contrário, proceder contratações individualizadas, utilizando-se do critério de julgamento “menor preço” por item.

A Súmula 247 do Tribunal de Contas da União (TCU) estipula a obrigatoriedade da adjudicação por itens, mas traz a exceção: o objeto deve ser divisível, e não deve haver prejuízo para o conjunto ou perda de economia de escala.

Eis o teor da Súmula 247:

“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, **cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala**, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.” (Destacou-se)

A premissa da Súmula 247 é no sentido de que “a regra geral deve ser a adjudicação por item” e “a adjudicação por preço global deve ser justificada”.

Nesse sentido, a justificativa técnica aduz o quanto segue:

“O complexo de obras do lote 3 é composto por obras viárias em diversas vias urbanas interligadas, que somadas resultam numa extensão de aproximadamente 26 km. Os projetos deste lote foram divididos em 4 sublotes assim denominados: Lote 3.1 – Pacote 1, Lote 3.1 – Pacotes 2 e 3, Lote 3.1 – Pacotes 4 e 5, e Lote 3.2 – Pacote 1. Para efeito de licitação o objeto do Lote 3 foi dividido em 3 parcelas conforme segue (...).”

Constata-se que a justificativa anexada se refere a divisão da obra como um todo em diversos lotes, fato este que, sob o viés legal, até carece de justificativa, já que a Lei assim determina.

A justificativa que deve constar dos autos é a relativa a adjudicação global do lote em exame, que contempla dois pacotes, um com diversas vias e outro com ampliação do viaduto, que, tem tese, poderiam, ser objeto de adjudicação por item.

Nesse sentido, deve ser anexada aos autos justificativa técnica para adjudicação por menor preço global.

DO ORÇAMENTO

No que diz respeito à elaboração do orçamento, primeiramente, insta ressaltar que as guidelines do BID são omissas no que se refere ao modo de elaboração do orçamento, razão pela qual, a Administração se utiliza das leis e regulamentos pertinentes aplicáveis, como da tabela da SMOP.

De acordo com o orçamento analítico, os custos das planilhas orçamentárias têm origem na SINAPI-PR setembro/2023, DNIT SICRO-PR abril/2023, SMOP/PMC abril/2023, SETRAN julho/2023, ORSE-SE agosto/2023, AGETOP CIVIL – GO julho/2023, CPOS – SP agosto/2023, FDE – SP julho 2023 e SEDOP – PA outubro/2023.

Quanto ao BDI, a Administração deve, na fase de orçamentação, estabelecer o valor que entende devido a título de BDI, assim como efetivamente o fez.

O Benefício/Bonificação e Despesas Indiretas, de acordo com Altounian, corresponde ao “[...] valor das despesas indiretas e do lucro da empresa. É usualmente expresso em forma de percentual e estabelecido como fator multiplicador que, aplicado ao valor total do custo direto, fornece o preço final da obra”.

Vale ressaltar, ainda, que o TCU fixou o entendimento, pela súmula nº 253, que, na hipótese de contratação de fornecimento de materiais em conjunto com a realização de obras ou serviços de engenharia, o BDI do primeiro deve ser reduzido em relação à segunda:

“Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.”

Destarte, deve atentar-se a Administração em verificar a existência ou não de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global dos serviços, e, em sendo o caso, para definir um BDI reduzido em relação a tais insumos.

Nessa toada, a Administração apresentou quadro do BDI, fazendo distinção entre equipamentos e serviços.

Acrescente-se ainda que o orçamento da obra deve estimar os encargos sociais incidentes, nos termos da Súmula TCU 258/2010:

“As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão "verba" ou de unidades genéricas”.

DAS PLANILHAS ESTIMATIVAS DE CUSTOS: UTILIZAÇÃO DE PLANILHAS REFERENCIAIS DESONERADAS OU PLANILHA ONERADA

A Lei Federal sob nº 12.546/2011 faculta às empresas de Construção Civil nos grupos 412, 432, 433 e 439 do CNAE 2.0, substituir a contribuição social previdenciária incidente sobre a folha de salários por uma contribuição incidente sobre a receita bruta, deixando a cargo da empresa contribuinte o critério desta escolha. Eis o teor do artigo 7º:

“Art. 7º Até 31 de dezembro de 2023, poderão contribuir sobre o valor da receita bruta, excluídos as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, em substituição às contribuições

previstas nos incisos I e III do caput do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991: (Redação dada pela Lei nº 14.288, de 2021)

IV - as empresas do setor de construção civil, enquadradas nos grupos 412, 432, 433 e 439 da CNAE 2.0; (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013) “

Mais adiante, no artigo 9º, §16, da mesma Lei, restou consignado que a opção da empresa dar-se-á para cada obra específica:

“§16. Para as empresas relacionadas no inciso IV do caput do art. 7º, a opção dar-se-á por obra de construção civil e será manifestada mediante o pagamento da contribuição incidente sobre a receita bruta relativa à competência de cadastro no CEI ou à primeira competência subsequente para a qual haja receita bruta apurada para a obra, e será irrevogável até o seu encerramento.”

Pelo que dispõe a Lei, esta é uma opção do contribuinte empresário, que certamente deverá avaliar o menor custo para sua escolha.

Dito isto, cabe agora verificar como a Administração fará sua planilha de estimativa orçamentária diante desta simplificação tributária. Para responder a esta questão, utiliza-se por analogia a orientação contida no acórdão n. 2.622/2013, do TCU, quando analisou o caso de empresas adotantes do simples nacional:

“Esse regime diferenciado não é considerado um tributo em si, mas sim uma modalidade de arrecadação unificada dos seguintes tributos: a) IRPJ; b) IPI; c) CSLL; d) COFINS; e) PIS/Pasep; f) Contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991; g) ICMS; e h) ISS (art. 13 da LC 123/2006). O valor a ser recolhido é calculado a partir da aplicação de um percentual sobre o montante da receita bruta anual da ME ou EPP, podendo ser diferenciado por setor econômico (indústria, comércio e serviços) e progressivo de acordo com o total da receita bruta auferida pelas empresas. No caso de atividades da construção civil, as alíquotas do Simples Nacional estão previstas no Anexo IV da LC 123/2006. Além disso, as empresas optantes pelo Simples Nacional estão dispensadas do pagamento de algumas contribuições instituídas pela União, como as contribuições para Serviços Sociais Autônomos (Sesi, Sesc, Senai, Sebrae etc.), as contribuições relativas ao salário-educação e a contribuição sindical patronal, de que trata o art. 240 da Constituição Federal, as quais não estão incluídas no sistema de recolhimento unificado (art. 13, § 3º, da LC 123/2006). Dessa forma, nos orçamentos de obras públicas, a estimativa dos percentuais dos tributos do BDI ganha uma

maior complexidade, visto que não é possível prever os diversos regimes de tributação que as empresas licitantes estão enquadradas, além da própria diversidade de tributos que compõem o Simples Nacional e da variabilidade de seus percentuais, bem como da exclusão das contribuições sociais do Sistema S (Sesi, Senai, Sebrae etc.) do cálculo dos encargos sociais das obras. Em função disso, **considera-se que o BDI do orçamento-base da licitação pode, por exemplo, estimar os percentuais dos tributos que incidem sobre o faturamento (ISS, PIS e Cofins) pelo regime comum e incluir os gastos previstos para o ressarcimento dos encargos sociais daquelas contribuições sociais.** Por outro lado, na fase de elaboração das propostas de preços, considera-se que a composição de BDI das ME e EPP contratadas pela Administração Pública deve prever alíquotas compatíveis com aquelas em que a empresa está obrigada a recolher, conforme os percentuais contidos no Anexo IV da LC 123/2006, e não incluir na composição de encargos sociais os gastos relativos ao ressarcimento das contribuições a que estão dispensadas de recolhimento, conforme disposto no art. 13, § 3º, da referida Lei Complementar. Esse é o entendimento deste Tribunal exarado no Acórdão 3.037/2009-TCU-Plenário, nos seguintes termos:

“9.2.2.4. adote as medidas necessárias ao ressarcimento do percentual de PIS, ISS e Cofins discriminados na planilha de composição do BDI em alíquotas eventualmente superiores às quais a contratada está obrigada a recolher, em face de ser optante do Simples Nacional, bem como ao ressarcimento dos encargos sociais referentes ao Sesi, Senai e Sebrae, dos quais a empresa está dispensada do pagamento, conforme previsto no art. 13, § 3º, da LC nº 123/2006 e que foram acrescidos indevidamente na planilha de composição de encargos sociais; Conclui-se, dessa forma, que a proposta de preços da empresa vencedora do certame, comprovadamente optante do Simples Nacional deve estar de acordo com as disposições previstas na LC 123/2006 quanto aos tributos que integram a composição de BDI e às contribuições do Sistema S que compõem os encargos sociais da obra, por se tratar de um regime diferenciado e favorecido dispensado às ME e EPP por força de expressa previsão constitucional, de modo que os benefícios tributários conferidos pelo Simples Nacional estejam devidamente refletidos nos preços contratados pela Administração Pública.”

Diante da opção facultada ao empresário, a Administração pode fazer a planilha orçamentária onerada ou desonerada, mas ressaltar no Edital que o licitante poderá apresentar sua planilha de preços onerada ou desonerada, como opção para a referida obra ou serviço, desde que apresente a tributação adequada de acordo com sua escolha, em especial quando apresentar desonerada que lance o valor

relativo à contribuição previdenciária sobre o valor da receita bruta, conforme previsto no Artigo 7, IV, e Art. 9º, § 16, da Lei n. 12.546 de 14 de dezembro de 2011.

Acerca do tema vide orientação do TCU:

9.3.2.5. prever, nos editais de licitação, a exigência para que as empresas licitantes optantes pelo Simples Nacional apresentem os percentuais de ISS, PIS e COFINS discriminados na composição do BDI que sejam compatíveis com as alíquotas a que a empresa está obrigada a recolher, previstas no Anexo IV da Lei Complementar n. 123/2006, bem como que a composição de encargos sociais não inclua os gastos relativos às contribuições que essas empresas estão dispensadas de recolhimento (Sesi, Senai, Sebrae etc.), conforme dispões o art. 13, § 3º, da referida Lei Complementar;

No Edital também deve ser estipulado que, uma vez feita a opção na proposta de preços, ela será irretroatável.

DO VALOR ESTIMADO PARA A CONTRATAÇÃO

O edital em exame institui um valor estimado para a contratação.

Consoante se sabe, sob a égide da Lei 8.666/93, a Administração tem o dever de, antes de contratar, elaborar orçamento detalhado que expresse o valor estimado da contratação pretendida.

A Lei nº 8.666/93 impõe esse dever em todos os casos, já que dessa forma se permite o exame de viabilidade orçamentária, bem como a fixação de critérios de julgamento da licitação.

Para fixar os critérios de julgamento, segundo a disposição constante do art. 40, inc. X, da Lei de Licitações, o edital deve indicar, obrigatoriamente, “o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, *permitida* a fixação de preços máximos (...)”.

Do dispositivo legal, compreende-se que a Lei nº 8.666/93 *faculta, e não impõe*, a fixação de preços máximos. A adoção desse critério dependeria de decisão discricionária do administrador, que teria liberdade para utilizá-lo segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Estabelecida a aceitabilidade baseada no preço máximo, não se admite a contratação por valor superior ao definido.

Contudo, para o TCU, alguns objetos exigem, obrigatoriamente, a fixação de preços máximos unitários e global. Isso porque a Súmula nº 259 do tribunal prevê: “nas contratações de obras e serviços de

engenharia, a definição do critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, com fixação de preços máximos para ambos, é obrigação e não faculdade do gestor”.

No entanto, esse posicionamento do TCU alcança apenas as contratações de obras e serviços de engenharia, pois, conforme informa o Voto do Ministro Relator no Acórdão nº 392/2011 – Plenário,

o ‘valor orçado’ ou ‘valor de referência’ ou simplesmente ‘valor estimado’ não se confunde com ‘preço máximo’¹. O valor orçado, a depender de previsão editalícia, pode eventualmente ser definido como o preço máximo a ser praticado em determinada licitação, mas não necessariamente. Num dado certame, por exemplo, o preço máximo poderia ser definido como o valor orçado acrescido de determinado percentual. São conceitos, portanto, absolutamente distintos, que não se confundem.² (Grifamos.)

Ocorre que o presente Edital, conforme é sabido, se utiliza do formato instituído pelo agente financiador, Banco Interamericano de Desenvolvimento, o que quer significar, consoante já asseverado, que a Lei 8.666/93 se aplica de **forma subsidiária**, mormente porque, nos termos do contrato encetado entre as partes, restou fixada a condição de que o Mutuário se compromete a realizar a contratação de obras e aquisição de bens, de acordo com o estipulado nas Políticas de Aquisições e Plano de Aquisições aprovado pelo Banco.

É o que se infere, também, da GN 2349-15, item 2.19, verbis:

“Os Mutuários deverão utilizar os Documentos Padrão de Licitação (DPL) emitidos pelo Banco, com modificações mínimas, que o Banco aceite, e que sejam necessárias à adequação dos documentos a condições específicas do projeto. Somente poderão ser introduzidas modificações na seção de dados do documento ou do contrato ou nas condições especiais do contrato, vedando-se a introdução de modificações no texto padrão dos Documentos Padrão de Licitação do Banco. Para os casos em que o Banco não disponha de Documentos Padrão de Licitação, o Mutuário poderá utilizar outras condições e modelos padronizados de contrato, internacionalmente reconhecidos, desde que o Banco as considere aceitáveis.”

É exatamente a hipótese de que ora se cuida. O modelo ora utilizado é o definido pelas políticas de aquisições do Banco, ente este que, inclusive, já deu sua não objeção ao Edital em exame.

Destarte, a instituição de valor estimado é admitida. Nesse sentido, uma vez adotado este critério de aceitabilidade das propostas, a Administração poderá contratar por valor superior, desde que compatível com os valores usualmente praticados no mercado, e devidamente disposto no edital.

Veja-se que, mesmo sem definir preço máximo não se pode aceitar qualquer proposta. Preços excessivos ou inexequíveis devem ser desclassificados. Sem preço máximo, no entanto, eventual desclassificação não pode ser automática. Tem que ser justificada e fundamentada.

Dessa forma, uma vez adotado o critério de aceitabilidade das propostas pelo preço estimado, a Administração poderá contratar por valor superior, **desde que compatível com os valores usualmente praticados no mercado.**

Pelo exposto, para viabilizar a definição dos critérios de aceitabilidade dos preços, recomenda-se seja realizada ampla pesquisa de preços de mercado, para identificar os valores praticados para o objeto, demonstrando a adequação da contratação a condições similares ao do mercado privado, nos termos do art. 15, inc. III, da Lei nº 8.666/93, para assim possa adquirir com o valor acima daquele estimado.

No caso em exame, a definição dos valores, consoante informado, se deu com esteio nas tabelas oficiais informadas, e foram declarados como de acordo com os praticados pelo mercado.

Por derradeiro, o edital deve ser CLARO ao especificar o critério de julgamento utilizado, para que não haja confusão entre o critério valor estimado e valor máximo aceitável. Só assim o licitante poderá formular sua proposta de forma mais segura.

OUTRAS EXIGÊNCIAS FORMAIS

Ao compulsar o processo eletrônico verifica-se que foi devidamente autuado e protocolado, sendo desnecessária a numeração de folha/página.

Os documentos integrantes do processo digital receberam a ordem sequencial sem falhas e a inserção de novos documentos avulsos foi realizada após o último, sem alteração da numeração sequencial dos documentos no processo, atendendo, assim, ao disposto no art. 38, caput, da Lei nº 8.666/93.

Os projetos foram devidamente aprovados pela autoridade superior e a realização da despesa foi autorizada.

O cronograma físico-financeiro está nos autos.

Observa-se a designação da Comissão Especial de Licitação.

Recomenda-se também a designação de profissionais habilitados e com a experiência técnica necessária para o acompanhamento e controle da execução do serviço.

Quanto aos recursos orçamentários para assunção das obrigações contratuais, constam dos autos declaração, em atenção ao art. 16, inc. I e II, da Lei Complementar 101/2000, de que o objeto da despesa constante do presente processo encontra-se amparado pelos recursos orçamentários vigentes e declaração de que foi verificada a disponibilidade orçamentária para cobrir a despesa, em atendimento ao disposto no inciso III, §2º do Art. 7º da Lei nº 8.666/1993.

A Comissão Especial de Licitação elaborou a minuta do Edital que vem a ser o instrumento regulador do certame, nos exatos termos das regras instituídas pelo BID, modelo padrão BID.

Foram anexados à minuta de edital os modelos das declarações necessárias.

DA MINUTA DE EDITAL E ANEXOS

Quanto à análise da minuta de edital e de contrato, verifica-se que constam as cláusulas essenciais e obrigatórias exigidas pelo BID.

Consta a definição do período de responsabilidade por defeito.

Consta expressamente que o procedimento de pagamento e eventual penalização serão regidos pelo Decreto Municipal sob nº 610/2019.

Entretanto, quanto a aplicação subsidiária da Lei 8.666/93 e Decreto Municipal sob nº 610/2019, especialmente no que se refere a aplicação da penalidade de multa, ambos os institutos estabelecem que a multa será aplicada nos termos previstos no instrumento convocatório ou contrato.

Nesse sentido, impende destacar que, em relação ao direito sancionador, a doutrina é pacífica a respeito do entendimento de que as penalidades administrativas apresentam forma similar às de natureza penal, submetendo-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante.

Destarte, os princípios fundamentais do Direito Penal são aplicáveis no âmbito do sancionamento administrativo. E, dentre eles, destaca-se o da legalidade, ou seja, não há crime ou pena sem lei anterior que os preveja.

Dito isto, tem-se que, como corolário do princípio da legalidade, no âmbito do direito administrativo licitatório, a previsão da conduta e da sanção deve constar no instrumento convocatório ou contratual, especialmente a pena de multa.

Nesse sentido, há previsão específica estipulando tanto o percentual a ser cobrado a título de multa moratória, tanto quanto o relativo ao percentual a ser cobrado a título de multa punitiva de 10%, na hipótese de inadimplemento do contrato, a incidir sobre o remanescente da contratação.

Outrossim, foram estabelecidos os critérios de subcontratação.

Ausente a designação de gestor e suplente.

DO PRINCÍPIO DA SEGREGAÇÃO DE FUNÇÕES

Recomenda-se seja observado o princípio da segregação de funções, segundo o qual, o servidor que participa da fase interna da licitação não pode conduzi-la.

DA DIVULGAÇÃO

Devem restar observados os critérios de divulgação previstos nas guidelines do BID.

“Os editais de pré-qualificação ou de licitação, conforme o caso, deverão ser publicados como Avisos Específicos de Aquisição em pelo menos um jornal de circulação nacional do país do Mutuário ou no Diário Oficial (se estiver disponível na Internet) ou num portal eletrônico de livre acesso no qual o Mutuário anuncie todas as oportunidades de negócios do governo. Tais avisos também deverão ser publicados na versão on-line de UNDB e no site do Banco. O aviso deverá ser publicado com antecedência suficiente para permitir que os licitantes obtenham os documentos de pré-qualificação ou de licitação, elaborem e apresentem suas ofertas”.

DOS PRAZOS

Deve restar observada a regra instituída pelo BID, verbis:

“Os licitantes serão convidados a apresentar ofertas válidas pelo prazo especificado nos documentos de licitação, o qual deverá ser suficiente para que o Mutuário proceda à comparação e avaliação das ofertas, revise com o Banco a recomendação de adjudicação (se assim o exigir o Plano de Aquisições) e obtenha todas as aprovações necessárias para a assinatura do contrato nesse período.”

DAS SANÇÕES

Do cotejo do edital, verifica-se menção a possibilidade de rescisão contratual, assim como de determinação de inelegibilidade, de acordo com os procedimentos de sanções vigentes do Banco, previstos na GN-2349-15, que trata das regras do BID em matéria de fraude e corrupção.

Não obstante, a seção referida não estabelece qual o procedimento a ser seguido na hipótese de cometimento de falta pela contratada, bem como, é omissa no que se refere as sanções passíveis de aplicação.

Destarte, recomenda-se sejam observados, para fins de instauração de procedimento de penalização, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como que sejam observados os procedimentos e as penalidades constantes do Decreto Municipal sob nº 610/219.

DA ARBITRAGEM

Devem restar observadas as recomendações relativas à arbitragem comercial internacional. As disposições contratuais sobre a resolução de controvérsias deverão também incluir mecanismos de conciliação ou de mediação prévios para acelerar a resolução, evitando recorrer, se não for exigido pelos regulamentos aplicáveis, a regras processuais de resolução de controvérsias que envolvam a intervenção das autoridades fiscalizadoras do Beneficiário.

IV - CONCLUSÃO

Ante o exposto, observadas as recomendações exaradas na presente manifestação, não haverá óbice jurídico à licitação e contratação pretendidas, razão pela qual APROVA-SE, nos termos do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 as minutas do edital e do contrato.

É o parecer.

NAJ/IPPUC, 22 de novembro de 2023.

VIVIANE REDONDO MACHADO
Procuradora do Município
OAB/PR 27.581
Matr.146.731