

À

Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal de Contagem

Objeto: Reforma da fachada, subsolo, telhado e estacionamento da Sede da Câmara Municipal de ContagemModalidade: **Concorrência Pública**Edital nº: **002/2018**

MARCO XX CONSTRUÇÕES LTDA., sociedade empresária inscrita no CNPJ sob o n. 17.378.308/0001-78, com sede na Av. Getúlio Vargas, 447, 13º andar, Belo Horizonte/MG, vem, pela presente, apresentar **IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA** ao edital em referência, em conformidade com o art. 41, §§ 1º e 2º da Lei n. 8.666/1993, nos termos a seguir expostos.

I. Os FATOS

A Marco XX e a Câmara Municipal de Contagem celebraram, em 20/03/2015, o Contrato decorrente da Concorrência Pública n. 001/2014 (Processo n. 038/2014), tendo por objeto a execução das obras de reforma e ampliação do prédio da sede da Câmara Municipal, pelo regime de empreitada por preços unitários.

Durante a execução contratual, a Marco XX empregou máxima diligência na execução das obras, fazendo uso de todos os recursos à sua disposição a fim de concluir o objeto contratado.

No entanto, a empresa foi obrigada a conviver com a constante insuficiência de recursos financeiros por parte da Administração Pública, o que ocasionou atrasos de pagamentos, demora e omissão na formalização de medições relativas a serviços já executados pela Marco XX.

Por esses motivos, a própria Marco XX comunicou, em 29/07/2016, a paralisação dos serviços, com fundamento na previsão do art. 78, XV, da Lei n. 8.666/1993, a fim de evitar maiores prejuízos, tendo ainda reiteradamente explicitado a omissão por parte da Câmara Municipal quanto à formalização das medições dos serviços já executados.

Este cenário motivou a Câmara de Contagem a emitir a Ordem de Paralisação de Obra n. 001/2017, datada de 06/02/2017, comunicando à Marco XX a necessidade de paralisação total da obra, em razão da insuficiência de recursos financeiros.

Em seguida, sem adimplir com as obrigações contratuais que estavam pendentes e tampouco tomar as providências necessárias para medir os serviços executados pela impetrante, a Câmara Municipal de Contagem notificou a Marco XX acerca da rescisão unilateral do Contrato, sustentando razões de interesse público.

Contudo, por mais que o Poder Público detenha a prerrogativa de rescindir unilateralmente o Contrato por razões de interesse público, essa prerrogativa não pode ser utilizada como hipótese autorizativa de inadimplemento contratual, ou mesmo de fraude à legislação fiscal e orçamentária.

Este contexto motivou a Marco XX a impetrar o mandado de segurança n. 5021788-12.2017.8.13.0079, requerendo que fosse determinada a realização das medições dos serviços já executados pela empresa. Neste particular, foi deferida medida liminar para que os agentes públicos responsáveis promovessem as medições dos serviços no prazo de dez dias.

Em sede de agravo de instrumento interposto pelo Município, no entanto, foi concedida antecipação dos efeitos da tutela recursal para suspender a decisão de primeira instância. E, como sustentado pela Administração Pública no agravo e levado como um dos fundamentos da referida decisão, supostamente não haveria perigo da demora ***“haja vista que não será realizada a contratação de outro serviço antes do fim do presente mandamus”***, nas palavras do Desembargador Relator.

Contudo, em sentido totalmente contrário ao que foi sustentado pela Câmara Municipal na motivação da rescisão do Contrato, e no referido agravo de instrumento, a mesma Câmara Municipal, no dia 27/03/2018, publicou o presente Edital de Licitação n. 002/2018 (Processo de compras n. 002/2018), visando a contratação de empresa especializada para a continuidade das obras de reforma e ampliação do prédio da Câmara, com a estimativa de preços de R\$2.736.932,57 (dois milhões setecentos e trinta e seis mil, novecentos e trinta e dois reais e cinquenta e sete centavos).

Ou seja, apesar de alegar a falta de recursos financeiros suficientes para dar continuidade à contratação anteriormente celebrada com a Marco XX, e de fundamentar pretensão recursal em face de decisão judicial que lhe fora desfavorável no fato de que não seria realizada outra contratação, a Câmara Municipal pretende agora celebrar novo contrato para dar continuidade a serviços anteriormente prestados pela Marco XX.

Tanto é assim, que, após comunicação deste novo fato ao Desembargador Relator do agravo citado acima, foi proferida a seguinte decisão no dia 11/04/2018, **determinando a proibição de qualquer intervenção no local de execução das obras para que não res-**

mobiliário

tem descaracterizados os serviços executados pela Marco XX, de modo que os serviços possam finalmente ser medidos:

“Há uma nova situação trazida à consideração pela empresa MARCO XX CONSTRUÇÕES LTDA., ora agravada, que considero relevante a ponto de levar-me a rever, ainda que parcialmente em termo, a decisão anterior concessiva do efeito suspensivo recursal. Refiro-me ao fato de que vem de ser demonstrado, agora e de último, que a agravante já desencadeou processo licitatório para o prosseguimento das obras, o que evidencia a possibilidade de alteração na situação de fato no local, com a interferência direta no conjunto das obras já realizadas pela empresa agravante, e, com isso, acarretando o risco de comprometimento da medição, caso venha a ser concedida ao final a segurança impetrada. Nesse contexto e atento ao poder geral de cautela reservado ao julgador, que neste caso mais se recomenda, estou a admitir a revisão parcial da decisão concessiva do efeito suspensivo, para ressaltar que, até o julgamento do mérito recursal pelo competente Colegiado, sem prejuízo da tramitação do processo licitatório, não haja, notadamente por parte do agravante, ou às ordens suas, qualquer alteração no local da construção e onde já realizadas as obras pela agravada sujeitas à almejada medição.

É como entendo por bem deliberar nesta oportunidade, para fins de preservação do status quo e garantia de condições favoráveis ao exame e julgamento deste recurso.”

(TJMG – Agravo de Instrumento n. 1.0000.17.086842-6/001; 1ª Câmara Cível; Des. Rel. Armando Freire; 11/04/2018)

Independentemente da decisão judicial, contudo, que visa meramente conservar os serviços executados, é certo que o novo cenário fático apresentado evidencia a ocorrência de desvio de finalidade no ato rescisório anteriormente publicado pela Câmara de Contagem, ressaltando ainda mais a afronta à legislação aplicável e ao interesse público por parte da Câmara Municipal.

Neste contexto, evidencia-se a ilegalidade da presente licitação, pelas seguintes razões, a seguir demonstradas:

- a) o desvio de finalidade constatado no ato anterior de rescisão unilateral do Contrato decorrente da Concorrência Pública n. 001/2014 (Processo n. 038/2014) implica a sua nulidade e, por conseguinte, o reestabelecimento da vigência do referido contrato;
- b) com o reestabelecimento da vigência do contrato celebrado pela Marco XX com a Câmara Municipal evidencia-se a ilegalidade da realização da presente licitação, cujo objeto já está contemplado em outro contrato administrativo;

c) as obras licitadas no presente certame **não poderão ser iniciadas**, conforme determinação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Agravo de Instrumento n. 1.0000.17.086842-6/001), o que inviabiliza a realização da presente licitação, já que as regras do instrumento convocatório não são compatíveis com a impossibilidade do início imediato das obras e **com a impossibilidade de o futuro contratado neste certame receber os respectivos pagamentos contratuais enquanto a Marco XX não tiver sido adequadamente remunerada por serviços executados há quase dois anos (quebra de ordem cronológica da exigibilidade dos pagamentos).**

É o que se passa a demonstrar.

II. CARACTERIZAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE DO ATO DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO DECORRENTE DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2014: PUBLICAÇÃO DE NOVO EDITAL DE LICITAÇÃO PARA EXECUÇÃO DE OBRAS INTEGRANTES DO ESCOPO DO CONTRATO ANTERIORMENTE CELEBRADO COM A MARCO XX E RESCINDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A ALEGAÇÃO DE FALTA DE RECURSOS FINANCEIROS

A rescisão unilateral do Contrato fora fundamentada pela Câmara Municipal de Contagem na ausência de recursos financeiros para a continuidade das obras, e que seriam necessários para a devida remuneração da Marco XX.

Nos termos dos artigos 78 e 79 da Lei Federal n. 8.666/1993, não se tem dúvidas da prerrogativa da Administração Pública de rescindir os contratos por ela celebrados por "*razões de interesse público de alta relevância e amplo conhecimento*".

De outro lado, os mesmos dispositivos legais evidenciam que, a fim de exercer a referida prerrogativa, a Administração Pública deve observar uma série de condições para a garantia de atendimento ao interesse público e aos direitos da própria contratada.

Por isso, uma vez baseada em motivos outros que não o próprio inadimplemento do particular, a rescisão não pode prejudicar a contratada, sob pena de frustração de suas garantias constitucionais e de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

A rescisão não pode ser utilizada como hipótese autorizativa de inadimplemento da Administração Pública no tocante às obrigações contratuais assumidas perante o particular. Isto quer dizer inclusive, e principalmente, que havendo serviços já executados até a data da rescisão, a contratada faz jus ao recebimento dos valores correspondentes.

Como consequência lógica, é fundamental que, previamente à rescisão do contrato, a **Administração Pública tome as providências necessárias para a realização das medições e o reconhecimento dos serviços que foram devidamente executados, o que não ocorreu com a Marco XX.**



Ainda que estivessem eventualmente presentes as “razões de interesse público” no caso concreto, vê-se que a Câmara Municipal deixou de cumprir obrigações quanto à fiscalização e o recebimento dos serviços, na expectativa de que, após a rescisão contratual, se visse livre de adimplir com tais obrigações, em prejuízo dos direitos da empresa.

Contudo, mais grave do que simplesmente deixar de adimplir suas obrigações perante a Marco XX, é a prática da rescisão unilateral do Contrato em total desvio de finalidade, que agora fica clara e evidente em razão da publicação do Edital de Licitação n. 002/2018.

Isso porque se há pouco mais de 6 (seis) meses a Câmara Municipal explicitamente declarou não possuir recursos financeiros suficientes para dar continuidade aos serviços que seriam executados pela Marco XX, tendo utilizado esta declaração como motivação da rescisão unilateral do Contrato, não é possível crer que agora a Câmara Municipal disponha dos recursos necessários.

Ou seja, a própria motivação do ato de rescisão unilateral se encontrava viciada, por não corresponder à verdade, caracterizando, em última instância, evidente desvio de poder.

Ao que tudo indica, a rescisão não foi praticada com a finalidade de preservar o erário, poupando desembolsos futuros por parte da Câmara Municipal que se fariam necessários para resguardar a saúde financeira da Administração Pública em razão da escassez de recursos supostamente alegada, mas sim com a finalidade de simplesmente romper as relações jurídicas com a Marco XX, mantendo-se o inadimplemento da Câmara no tocante aos serviços já realizados e que sequer foram medidos pelo Poder Público.

Há uma clara incongruência entre (i) a realidade fática; (ii) a motivação do ato administrativo em questão; e (iii) as finalidades pretendidas pela Administração Pública no caso concreto.

É neste contexto que se verifica o desvio de finalidade ou de poder, com base nas lições de **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

“Cada ato tem finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal.

[...]

Por exemplo: se o agente tem competência para remover um funcionário e possui também competência para suspendê-lo, não pode removê-lo com a finalidade de puni-lo, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva.

Se quiser punir, deverá valer-se de um ato previsto no sistema legal como punitivo.



A propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, consuma-se falar em 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade'.

Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.

[...]

De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:

a) Quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;

b) Quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à ‘categoria’ do ato que utilizou”¹

No presente caso, a rescisão não atende ao interesse público e nem ao interesse subjacente ao próprio objeto contratado, já que **não existe qualquer razão em se rescindir um Contrato sob o pretexto de escassez de recurso para, logo em seguida, realizar novo procedimento licitatório para dar continuidade aos serviços que integravam o escopo do próprio Contrato rescindido.**

A este respeito, o **Tribunal de Contas da União – TCU** já proferiu entendimento no sentido de que a rescisão de contratos administrativos não pode servir a objetivos outros que não a simples extinção contratual, sob pena de se caracterizar desvio de finalidade:

“Assim sendo, difícil imaginar rescisão amigável em serviço de natureza continuada, salvo se o gestor estiver se valendo desse expediente para solucionar pendências com a empresa contratada, o que seria um desvio de finalidade.

Sendo necessário o serviço, não pode o gestor, discricionariamente, autorizar o término do contrato.”

(TCU – Acórdão n. 3.567/2014-P; Rel. Min. José Múcio Monteiro)

Por fim, apenas para ilustrar a clareza do vício ora apontado, transcrevem-se os comentários de **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, sobre dificuldade de se comprovar a ocorrência do desvio de finalidade/poder na maioria dos casos, o que não se verifica neste caso específico:

“A grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de indícios; são os “sintomas” a que se refere Cretella Júnior (1977:209-210)

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 398-399.

- a) motivação insuficiente,
- b) a motivação contraditória,
- c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato,
- d) a contradição do ato com as resultantes dos atos,
- e) a camuflagem dos fatos,
- f) a inadequação entre os motivos e os efeitos,
- g) o excesso de motivação.”²

No caso sob análise, todavia, não há qualquer dúvida. A própria publicação do Edital de Licitação n. 002/2018 evidencia pelo menos os seguintes “sintomas” acima transcritos: (i) a motivação contraditória do ato de rescisão unilateral; (ii) a contradição do ato com as resultantes dos atos; (iii) a camuflagem dos fatos; e (iv) a inadequação entre os motivos e os efeitos. **E desses sintomas, a única consequência que se extrai é a violação ao interesse público e aos direitos da contratada.**

Neste contexto, ressaem cristalina as ilegalidades praticadas pela Câmara Municipal no tocante à execução do Contrato celebrado com a Marco XX e, por conseguinte, a nulidade da sua rescisão unilateral. E, uma vez verificada a nulidade da rescisão do contrato decorrente da Concorrência Pública n. 001/2014 (Processo n. 038/2014), concluir-se pelo reestabelecimento da sua vigência e, por conseguinte, pela impossibilidade jurídica do prosseguimento da presente licitação.

Com efeito, não se pode admitir que a Câmara Municipal realize licitação cujo objeto já está contemplado em outro contrato administrativo que foi ilegalmente rescindido.

Além disso, como visto as obras licitadas no presente certame **não poderão ser iniciadas**, conforme determinação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Agravo de Instrumento n. 1.0000.17.086842-6/001), o que inviabiliza a realização da presente licitação, já que as regras do instrumento convocatório não são compatíveis com a impossibilidade do início imediato das obras.

Outro fator de extrema relevância é a impossibilidade **de o futuro contratado neste certame receber os respectivos pagamentos contratuais enquanto a Marco XX não tiver sido adequadamente remunerada por serviços executados há quase dois anos (quebra de ordem cronológica da exigibilidade dos pagamentos). Nesse sentido, dispõe o artigo 5º da Lei Federal 8.666/93:**

“Art. 5º. Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obri-

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 245.

gações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

Na mesma linha, o art. 92 da Lei Federal 8.666/93 estabelece que a inobservância da ordem cronológica de exigibilidade dos pagamentos constitui crime:

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.”

Conclui-se, portanto, pela ilegalidade da presente licitação.

III. CONCLUSÃO

Pelos fatos expostos pede o impugnante seja a presente impugnação conhecida e provida, determinando-se a anulação do Edital de licitação.

Pede deferimento.

De Belo Horizonte para Contagem, 27 de abril de 2018.



MARCO XX CONSTRUÇÕES LTDA.

Wallace Longino Lima
Diretor Superintendente