

Sessões: 2 e 3 de março de 2013

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, dos aspectos relevantes que envolvem o tema. A seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

1. O comando contido no art. 64, § 2º, da Lei 8.666/1993, pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, observada a ordem de classificação, quando a empresa vencedora do certame assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.
2. A rescisão amigável do contrato sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não restaram configurados os motivos para a rescisão unilateral do ajuste constitui irregularidade, por afronta ao disposto no art. 79, inciso II, da Lei 8.666/1993.
3. Vícios em obras públicas, como os resultantes da utilização de materiais que não atendem a especificações técnicas ou que sofreram danos na instalação, podem ser sanados por meio de utilização da garantia estabelecida no art. 618 do Código Civil.
4. A falta de estipulação de critérios para a gradação das notas de propostas técnicas, em licitações do tipo técnica e preço promovidas pelo Sesc e Senac, viola os princípios da igualdade e do julgamento objetivo das propostas.
5. A realização de pagamentos antecipados, no âmbito do Sesc e Senac, sem que tenha havido a prestação de garantias pela contratada, afronta o disposto no art. 62 da Lei nº 4.320/1964.

Inovação Legislativa

Decreto 7.983, de 8/4/2013.

PLENÁRIO

1. O comando contido no art. 64, § 2º, da Lei 8.666/1993, pode ser utilizado, por analogia, para fundamentar a contratação de licitante remanescente, observada a ordem de classificação, quando a empresa vencedora do certame assinar o contrato e, antes de iniciar os serviços, desistir do ajuste, desde que o novo contrato possua igual prazo e contenha as mesmas condições propostas pelo primeiro classificado

Auditoria realizada nas obras de construção de trechos rodoviários na BR-156/AP apontou suposta irregularidade consistente na contratação, por dispensa de licitação, da segunda colocada da Concorrência Pública 6/2010-CEL-SETRAP (empresa CR Almeida S/A) para a execução das obras, em afronta aos comandos dos arts. 3º, e 24, inciso XI, e 64, § 2º, da Lei 8.666/1993 e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. A empresa Egesa Engenharia S/A sagrou-se vencedora do aludido certame e assinou o Contrato 45/2010 para a execução da obra. Entretanto, o referido contrato foi rescindido amigavelmente sem a realização de nenhum serviço, o que motivou a celebração de nova avença (Contrato 22/2011) com a segunda colocada. Realizou-se, então, audiência do responsável acerca dessa ocorrência. O relator, ao avaliar as razões de justificativas apresentadas, anotou que *“o aproveitamento de uma licitação com a convocação de licitante que não se sagrou vendedor do certame tem como razão fundamental os princípios da supremacia do interesse público e da eficiência, estando previsto em duas hipóteses na Lei 8.666, de 21/6/1993: Art. 24, inciso XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido; Art. 64 § 2º - É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de*

classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado”. Em relação aos dispositivos legais mencionados, destacou que “as hipóteses abarcam as situações em que a execução contratual foi iniciada, porém interrompida em consequência de rescisão contratual (art. 24, inciso XI); e em que sequer houve a assinatura ou retirada do termo de contrato ou instrumento equivalente...”. Reconheceu que a situação apresentada no caso concreto, em que “houve a assinatura do contrato com a licitante vencedora e esta, posteriormente, desistiu de executar a avença, tendo anuído a rescisão do ajuste anteriormente firmado ...”, não foi contemplada na disciplina legal. Ponderou, contudo, que “a ausência de expressa previsão legal ... não pode ser interpretada como um caso de manifesta vedação legal ... mas de uma típica hipótese de lacuna normativa decorrente da impossibilidade fática de o legislador prever antecipadamente todas as situações de fato passíveis de sofrerem o influxo do Direito”. Mencionou que, nesse caso, deve-se valer de um dos meios de integração da ordem jurídica. Ao considerar presentes “os mesmos princípios inspiradores dos arts. 24, inciso XI e 64, § 2º da Lei 8.666/1993 ...”, julgou pertinente, por meio de analogia, “o uso da mesma solução jurídica enfeixada por essas normas, para o fim de permitir a contratação das demais licitantes, segundo a ordem de classificação e mantendo as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, também na hipótese em que este houver assinado o contrato e desistido de executá-lo, mesmo sem ter executado qualquer serviço”

- grifos do relator. Observou que “as diferenças circunstanciais entre as situações fáticas previstas na lei e a observada nos presentes autos não são juridicamente relevantes para merecer um tratamento jurídico distinto”. Ao final, reputou “correto o enquadramento do Contrato 22/2011-SETRAP no art. 64, § 2º da Lei 8.666/1993, não havendo, quanto a esse ponto, nenhum óbice à celebração do referido ajuste”. O Tribunal, então, decidiu acolher as justificativas do responsável e declarar esclarecida essa questão. **Acórdão 740/2013-Plenário, TC 016.087/2012-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 3.4.2013.**

2. A rescisão amigável do contrato sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não restaram configurados os motivos para a rescisão unilateral do ajuste configura irregularidade, por afrontar o disposto no art. 79, inciso II, da Lei 8.666/1993

Ainda no âmbito da Auditoria realizada nas obras de construção de trechos rodoviários na BR-156/AP, o relator analisou as razões de fato e de direito que motivaram a rescisão do Contrato 45/2010, firmado com a empresa Egesa Engenharia S/A, primeira colocada da Concorrência Pública 6/2010-CEL-SETRAP. A rescisão amigável da avença foi solicitada pela empresa contratada, que alegou a inviabilidade de executar o objeto contratual no prazo originalmente pactuado pelas partes, tendo em vista as dificuldades para a obtenção do licenciamento ambiental e a incidência de período chuvoso na região das obras. O relator anotou, inicialmente, que “a rescisão contratual pela própria Administração poderá ocorrer de duas formas, conforme o art. 79 da Lei 8.666/1993: por ato unilateral da Administração (inciso I) e por comum acordo entre as partes, também denominada de amigável (inciso II)”. Em relação aos motivos legais para a rescisão unilateral, previstos no art. 78 da aludida Lei, registrou que “os incisos I a XI referem-se a situações de inadimplemento contratual por parte do particular, enquanto o inciso XII diz respeito à extinção da avença por razões de interesse público”. Lembrou que essa última hipótese (inciso XII) decorre de “nítida manifestação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a exigir o desfazimento do ajuste, independentemente da anuência do contratado”. Anotou, ainda, que “a entidade contratante não possui a liberdade discricionária de deixar de promover a rescisão unilateral do ajuste caso seja configurado o inadimplemento do particular ..., só existe campo para a rescisão amigável de um contrato administrativo quando houver conveniência para a Administração e não ocorrer nenhuma das hipóteses previstas para a rescisão unilateral da avença” – grifou-se. Ao se reportar ao caso concreto, observou que a rescisão do contrato “não se fundamentou em documentos que demonstrassem a efetiva ocorrência das circunstâncias de fato indicadas pela empresa Egesa Engenharia S/A”. Acrescentou que a empresa não demonstrou “que não havia incidido em quaisquer das condutas configuradoras do inadimplemento contratual”, que justificariam a rescisão unilateral do contrato pela Administração. Constatou ainda, que a Setrap/AP não adotou as providências com vistas a verificar “se havia razões para a aplicação de sanções administrativas ou mesmo para a rescisão unilateral do ajuste com fulcro no art. 79, inciso I, da Lei 8.666/1993”. Ressaltou que “a única maneira de não cumprir o contrato sem incorrer em sanções administrativas seria nas hipóteses excepcionais de inadimplência da própria Administração, previstas no art. 78, incisos XIII a XVI da Lei 8.666/1993, o que não ocorreu no presente caso concreto”. Observou, ainda, que não teria havido conveniência para a Administração em implementar a referida rescisão. Destacou que “o interesse da entidade pública contratante é a plena execução do ajuste ... não sendo possível extrair a presença de interesse público em um pedido de rescisão contratual, ainda mais quando desacompanhado da demonstração das circunstâncias de fato impeditivas de sua execução”. Ao

avaliar o contexto atual das obras e dos contratos, ponderou também que a correção da ilegalidade (anulação do contrato celebrado com a segunda colocada, apuração e pagamento de indenização a essa empresa e chamamento da primeira colocada para retomar a obra) importaria grave prejuízo ao interesse público. Anotou, ainda, que a verificação da ocorrência das hipóteses de rescisão unilateral, antes da rescisão amigável de um contrato, não é de fácil percepção por um administrador médio, razão pela qual deixou de propor a audiência de responsáveis. O Tribunal, então, decidiu apenas dar ciência à Setrap/AP de que *“a rescisão amigável do Contrato 45/2010- SETRAP sem a devida comprovação de conveniência para a Administração e de que não houve os motivos para a rescisão unilateral do ajuste constitui irregularidade, o que afronta o art. 79, inciso II, da Lei 8.666/1993”*. **Acórdão 740/2013-Plenário, TC 016.087/2012-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 3.4.2013.**

3. Vícios em obras públicas, como os resultantes da utilização de materiais que não atendem a especificações técnicas ou que sofreram danos na instalação, podem ser sanados por meio de utilização da garantia estabelecida no art. 618 do Código Civil

Auditoria nas obras do Lote 8 da Ferrovia Norte-Sul (FNS), conduzidas pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. - trecho entre o Córrego Brejo Grande (km 519) e o Ribeirão Tabocão (km 586,5) -, avaliou a qualidade da ferrovia, em particular, se os serviços executados estão em conformidade com o desempenho esperado da via. Entre os vícios identificados, apurou-se a utilização de materiais danificados, *“seja porque não atendem às especificações técnicas, seja porque sofreram danos na instalação”*. Além disso, *“alguns serviços foram executados em desconformidade com as normas específicas”*. São os seguintes: *“a) marcos de via executados em desconformidade com a especificação técnica da Valec, resultando em prejuízo aos serviços de operação e manutenção da ferrovia; b) dormentes de madeira especiais, destinados ao assentamento dos aparelhos de mudança de via (AMV), danificados; e c) dormentes monoblocos de concreto protendido danificados”*. A unidade técnica ressaltou que tais falhas podem ser corrigidas sem custo adicional, por meio do acionamento das construtoras, com respaldo da garantia de que trata o art. 618 do Código Civil: *“Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Parágrafo único: Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.”* Propôs, então, determinar à Valec que apresente ao Tribunal, no prazo de 60 dias, plano para a correção dessas irregularidades, que deverá abranger *“as justificativas pela execução de obra com qualidade deficiente, as medidas adotadas no âmbito dos contratos ou o acionamento da garantia prevista no art. 618 do Código Civil”*. O relator, por sua vez, considerou pertinente tal sugestão, em face da *“necessidade de ação imediata da Valec para tentar mitigar os efeitos das deficiências constatadas pela equipe de auditoria, uma vez que, com o passar do tempo, as responsabilidades pela construção e pela operação tendem a se confundir em prejuízo da concessionária, que no caso é a Valec”*. O Tribunal, então, com base em proposta do relator, determinou à Valec que: a) elabore e apresente ao TCU plano para a correção dessas irregularidades e b) *“adote as providências necessárias à apuração da responsabilidade das empresas contratadas, diante das ocorrências apontadas neste processo, tendo em vista a possibilidade de aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993, sem prejuízo de exigir-lhes, se for o caso, a reparação das falhas construtivas, nos termos do art. 69 da mesma lei”*. No mesmo sentido, foram proferidos os Acórdãos 753/2013, 754/2013 e 755/2013 – Plenário, na mesma sessão. **Acórdão 752/2013-Plenário, TC 038.692/2012-0, relator Ministro José Múcio Monteiro, 3.4.2013.**

4. A falta de estipulação de critérios para a gradação das notas de propostas técnicas, em licitações do tipo técnica e preço promovidas pelo Sesc e Senac, viola os princípios da igualdade e do julgamento objetivo das propostas

Auditoria no Serviço Social do Comércio – Sesc e no Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac avaliou a regularidade de processos licitatórios e de contratos de aquisição de bens e prestação de serviços. Entre as supostas irregularidades identificadas pela equipe de auditoria, destaque-se a falta de explicitação da maneira pela qual se daria a gradação das notas dos quesitos que integram as propostas técnicas, em editais de licitação do tipo técnica e preço. O edital da Concorrência Senac 01/2010, que teve por objeto a contratação de serviços de programa de rádio, estipulou os seguintes quesitos de avaliação das propostas técnicas: ‘Capacitação’, de 0 a 3 pontos; ‘Experiência’, de 0 a 3 pontos; ‘Recursos Técnicos’, de 0 a 1 ponto; e ‘Produção de Programa’, de 0 a 3 pontos. Observou a equipe, porém, que o edital não fixou a gradação de pontos que permitisse identificar os motivos que levariam dada licitante a obter, por exemplo, no quesito ‘Experiência’, a

pontuação 0, 1, 2 ou 3. Não foram estabelecidas, no edital, regras “para o aumento ou diminuição gradual da pontuação”. Ressaltou a relevância de tal omissão, em face especialmente da possibilidade de desclassificação da proposta, por insuficiência técnica, se a licitante obtivesse nota inferior a 0,5 ponto em qualquer dos quesitos. E concluiu: a fixação deficiente de regras nos editais desses certames, dada a ausência de critérios para a gradação das notas das propostas técnicas, conferiu “elevada carga de subjetividade aos avaliadores, colocando em risco a lisura do procedimento e possibilitando eventual direcionamento na contratação e a não seleção da proposta mais vantajosa”. Contrariou, também, “o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, **caput**, da Constituição Federal/88 e os princípios da igualdade e do julgamento objetivo, mencionados no art. 2º do Regulamento Senac 845/2006”. O relator endossou a análise empreendida pela unidade técnica. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu determinar ao Sesc e ao Senac que: “estabeleçam critérios específicos para a gradação das notas técnicas em certames do tipo técnica e preço, de forma a evitar a ocorrência de subjetividade no julgamento das propostas, eis que tal circunstância atenta contra o princípio da isonomia e da igualdade”. **Acórdão 769/2013-Plenário, TC 032.966/2012-1, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 3.4.2013.**

5. A realização de pagamentos antecipados, no âmbito do Sesc e Senac, sem que tenha havido a prestação de garantias pela contratada, afronta o disposto no art. 62 da Lei nº 4.320/1964

Ainda na auditoria realizada no Sesc e no Senac, com o objetivo de avaliar a regularidade de processos licitatórios e de contratos de aquisição de bens e prestação de serviços, verificou-se a realização de pagamentos antecipados à empresa contratada para realizar serviço de fotografia para banco de imagens corporativo da entidade. O edital e o contrato estipularam que o pagamento pelos serviços seria realizado em duas parcelas: a primeira, no percentual de 50% do valor do contrato, quinze dias após sua assinatura; a segunda, ao final da execução dos serviços. Não houve, no edital, nem no contrato, previsão de garantia pelo contratado. Houve apenas a previsão de multa e de devolução das quantias pagas, no caso de inadimplemento da contratada. Os pagamentos, então, foram realizados de acordo com esse regramento e o objeto do contrato veio a ser realizado corretamente. Apesar da correta execução do objeto, a equipe de auditoria ressaltou a importância de haver “compatibilidade e proporcionalidade entre a execução dos serviços e os respectivos pagamentos”, com o intuito de assegurar a correta liquidação da despesa e proteger as entidades de eventuais prejuízos. Acrescentou que o pagamento antecipado de metade do valor, no Contrato 12/2010, sem a devida contraprestação dos serviços, afrontou princípios contidos no art. 2º, do Regulamento Senac 845/2006 e no art. 37, **caput**, da Constituição Federal, além do disposto no art. 62 da Lei 4.320/64, de aplicação subsidiária. O relator, ao endossar análise da unidade técnica, ressaltou a necessidade de correspondência “entre as parcelas de serviços prestados e os respectivos pagamentos, de modo a possibilitar a adequada fiscalização da execução contratual, e a dar cumprimento ao disposto no art. 62 da Lei 4.320/1964, o qual dispõe que o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”. O Tribunal, então, ao acolher a proposta de encaminhamento apresentada, decidiu determinar ao Sesc e Senac que “não efetuem pagamento antecipado por serviços contratados, sem a exigência de garantias para o cumprimento das obrigações, de forma a dar cumprimento ao art. 62 da Lei n. 4.320/1964”. **Acórdão 769/2013-Plenário, TC 032.966/2012-1, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 3.4.2013.**

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Decreto 7.983, de 8/4/2013: Estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências.

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br