**Número 162**

**Sessões: 30 e 31 de julho 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. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

**SUMÁRIO**

**Plenário**

1. A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.

2. Nas empreitadas por preço global, os editais devem especificar, de forma objetiva, as regras para as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa conclusa do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93.

3. A utilização da empreitada por preço global para objetos com imprecisão intrínseca de quantitativos deve ser justificada no processo, em termos técnicos, econômicos ou outros devidamente motivados.

4. Nas empreitadas por preço global, alterações no projeto ou nas especificações de obra ou serviço, realizadas unilateralmente pela Administração, implicam a necessidade de celebração de termo aditivo.

5. Nas empreitadas por preço global, erros ou omissões relevantes no orçamento poderão ensejar termos aditivos, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.

**Primeira Câmara**

6. A aplicação do sistema de credenciamento na contratação de serviços deve observar os seguintes requisitos, conforme as orientações expedidas pelo Acórdão 351/2010-Plenário:

a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;

b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;

c) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/93, principalmente no que concerne à justificativa de preços.

**Inovação Legislativa**

Lei 12.846, de 1.8.2013.

**PLENÁRIO**

**1. A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.**

Levantamento de Auditoria realizado nas obras de adequação do Terminal de Passageiros 1 do Aeroporto do Galeão/RJ, executadas mediante empreitada por preço global, apontara, dentre outras impropriedades, a adoção de critério de medição incompatível com o objeto real pretendido (serviço a serviço, como se a preço unitário fosse). Instada a justificar o achado, a Infraero argumentara que *“a escolha do regime decorreu do disposto no art. 8º, § 1º, da Lei 12.462/2011, que estabelece a empreitada global como preferencial”*. Analisando o mérito, o relator destacou a existência *“de certos tipos de obras e sistemas construtivos que, por suas características, não possibilitam uma quantificação absolutamente acurada dos exatos volumes a executar”*. Exemplificou com os serviços de terraplenagem e reforma de edificação, para os quais, não obstante os cuidados no projeto básico para quantificar adequadamente os itens de serviço, *“sempre haverá uma boa margem de indeterminação”*. Consignou que *“caso utilizada uma empreitada por preço global nesses tipos de objetos, as medições serão realizadas por etapas; não por quantitativos medidos”*. Nesse sentido, considerando a forte indeterminação nas mensurações, *“os construtores irão alocar uma parcela muito alta de risco para adimplir, com segurança, o objeto licitado”*. Por essa razão, concluiu o relator, que *“nesses empreendimentos eivados de imprecisão congênita, é preferível a utilização de empreitadas por preço unitário, pelas características próprias do sistema de medição”*. E acrescentou que outra não pode ser a inteligência a ser extraída do art. 47 da Lei 8.666/93, ao correlacionar a adoção da modalidade de execução de empreitada por preço global ao *“completo conhecimento do objeto da licitação”*. Nesses termos, propôs a fixação de prazo para que a Infraero adotasse as providências a seu cargo para promover, junto à contratada, a alteração do regime de execução do empreendimento, notificando-a de que *“a empreitada por preço global (...) deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto 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, dentre outras”*. O Plenário do TCU, ao acolher a proposta do relator, estabeleceu, dentre outras medidas pontuais, prazo para que a estatal alterasse o regime de execução do empreendimento. [***Acórdão 1978/2013-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-115660&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b2532384e554d41434f5244414f253341313937382b4f522b4e554d52454c4143414f253341313937382532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303133253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0)***, TC 007.109/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013.***

**2. Nas empreitadas por preço global, os editais devem especificar, de forma objetiva, as regras para as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa conclusa do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93.**

Ainda no Levantamento de Auditoria realizado nas obras de adequação do Terminal de Passageiros 1 do Aeroporto do Galeão/RJ, em vista da adoção de regime inadequado de execução do empreendimento, o relator consignou que *“o instrumento convocatório não objetivou a forma de como seriam medidas as etapas do empreendimento”*, o que levou a dificuldades significativas na execução contratual. Destacou que *“em face do vácuo contratual, as medições começaram a ser realizadas serviço a serviço; quantidade a quantidade; como se preço unitário fosse. Na prática, a obra está sendo executada por regime por empreitada por preço unitário”*. Nesse passo, propôs o relator, além da fixação de prazo para que a Infraero adotasse providências para promover a modificação formal do regime de execução do empreendimento, a expedição de notificação à estatal de que, nas empreitadas por preço global, *“os instrumentos convocatórios devem especificar, de forma objetiva, as regras sobre como serão realizadas as medições, a exemplo de pagamentos após cada etapa conclusa do empreendimento ou de acordo com o cronograma físico-financeiro da obra, em atendimento ao que dispõe o art. 40, inciso XIV, da Lei 8.666/93”*. O Plenário do TCU, ao acolher a proposta do relator, expediu, dentre outras medidas, a notificação sugerida. [***Acórdão 1978/2013-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-115660&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b2532384e554d41434f5244414f253341313937382b4f522b4e554d52454c4143414f253341313937382532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303133253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0)***, TC 007.109/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013.***

**3. A utilização da empreitada por preço global para objetos com imprecisão intrínseca de quantitativos deve ser justificada no processo, em termos técnicos, econômicos ou outros devidamente motivados.**

Ao apreciar estudo sobre o regime de empreitada por preço global, desenvolvido por unidade técnica especializada do TCU com vistas a uniformizar procedimentos de fiscalização e apresentar diretrizes sobre o tema, o relator da matéria enfrentou várias questões pertinentes e essenciais à aplicação do instituto, assim como à fiscalização exercida pelo Tribunal. Dentre elas, destaca-se, em primeiro lugar, a necessária motivação para a escolha do regime de execução indireta do objeto. Para o relator, uma vez assentado na legislação, na doutrina e na jurisprudência que *“em empreendimentos carregados de incertezas, as empreitadas globais, em regra, não se fazem vantajosas*” situações em que *“é preferível a utilização de empreitadas por preço unitário, pelas características próprias do sistema de medição”*, faz-se importante que as fiscalizações do TCU atentem para a devida motivação da escolha do regime de execução contratual pelo gestor. Nesse sentido, o Tribunal expediu orientação às suas unidades técnicas para, em fiscalizações de obras e serviços de engenharia executados sob o regime de empreitada por preço global, observarem que *“nas situações em que, mesmo diante de objeto com imprecisão intrínseca de quantitativos, ... , se preferir a utilização da empreitada por preço global, deve ser justificada, no bojo do processo licitatório, a vantagem dessa transferência maior de riscos para o particular – e, consequentemente, maiores preços ofertados – em termos técnicos, econômicos ou outro objetivamente motivado, bem assim como os impactos decorrentes desses riscos na composição do orçamento da obra, em especial a taxa de BDI – Bonificação e Despesas Indiretas”.* [***Acórdão 1977/2013-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-115856&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b2532384e554d41434f5244414f253341313937372b4f522b4e554d52454c4143414f253341313937372532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303133253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0%20)***, TC 044.312/2012-1, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013.***

**4. Nas empreitadas por preço global, alterações no projeto ou nas especificações de obra ou serviço, realizadas unilateralmente pela Administração, implicam a necessidade de celebração de termo aditivo.**

Também na apreciação do estudo sobre o regime de empreitada por preço global, o relator enfrentou a questão da legalidade e da legitimidade dos aditivos contratuais. Inicialmente, discorreu sobre as situações decorrentes de modificações de projetos e especificações. Sobre o tema, destacou que a lei não diferencia os regimes de execução quando define as situações que ensejam o ajuste de termos aditivos. *“Ao contrário, caso se tratar de fato respectivo à álea extraordinária ou extracontratual, definida com precisão no art. 65 da Lei 8.666/93, haverá de se providenciar a revisão do contrato.”* Além do mais, lembrou que o equilíbrio entre os encargos do contratado e sua justa remuneração tem suporte constitucional. “*Caso não estipulada condição contratual diversa, alterações de projeto – devidamente motivadas, diante dos riscos aos quais expus – vinculam a aplicação do art. 65 da Lei 8.666/93. No fim das contas, a alteração do projeto será um ato unilateral. Além do mais, deve haver um fato novo a caracterizar álea extraordinária e extracontratual. Mesmo que se demonstre existir solução de engenharia melhor que a definida no projeto básico (o que seria questionável, em termos de eficiência e economicidade exigidas nessa peça fundamental), tal condição deve ser entendida como novidade, não passível de conhecimento prévio na fase licitatória. Havendo modificação das especificações a que foi dado conhecimento a todos os licitantes, há de se rever o contrato, tanto em proteção a princípios basilares como o da obtenção da melhor proposta, da isonomia e da moralidade.”* Seguindo a proposta do relator, o Tribunal expediu orientação às suas unidades técnicas para, em fiscalizações de obras e serviços de engenharia executados sob o regime de empreitada por preço global, observarem que *“alterações no projeto ou nas especificações da obra ou serviço, em razão do que dispõe o art. 65, inciso I, alínea 'a', da Lei 8.666/93, como também do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, repercutem na necessidade de prolação de termo aditivo”*.[***Acórdão 1977/2013-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-115856&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b2532384e554d41434f5244414f253341313937372b4f522b4e554d52454c4143414f253341313937372532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303133253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0%20)***, TC 044.312/2012-1, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013.***

**5. Nas empreitadas por preço global, erros ou omissões relevantes no orçamento poderão ensejar termos aditivos, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes.**

Ainda no âmbito do estudo sobre o regime de empreitada por preço global, o relator continuou analisando o tema da legalidade e da legitimidade dos aditivos contratuais. Agora com enfoque nos casos de erros ou omissões nos orçamentos, situação que considerou *“o ponto mais controverso sobre a prática contratual nas empreitadas globais”*. Para o relator, *“a dicotomia em questão está em balancear a idealização da empreitada global com a vedação do enriquecimento sem causa. Não seria concebível que falhas na elaboração do edital redundem, com justa causa, em um superfaturamento. Tampouco a Administração poderia se beneficiar de erro que ela própria cometeu, pagando por um produto preço relevantemente inferior que o seu justo preço de mercado. Erro preliminar da própria Administração, independentemente do tipo de empreitada, não pode redundar em ganhos ilícitos; porque se ilícito for, o enriquecimento de uma parte, em detrimento de outra, sem causa jurídica válida, faz-se vedado”*. Assim, caberia analisar, em cada caso concreto, se o erro verificado se caracteriza como vício do edital ou não, ou seja, se o erro induziu a uma noção inexata (e a ganhos ilícitos) sobre o negócio a ser contratado ou se era irrisório, acessório ou facilmente perceptível pelo chamado homem médio. Diante das inúmeras situações passíveis de ocorrerem, cada uma com suas particularidades e interveniências, concluiu o relator que cada caso concreto exigirá solução distinta. Assim, melhor cada instrumento convocatório explicitar, com precisão, o que será considerado como *“erro substancial”*, capaz de motivar a revisão do contrato. Ao acatar a proposta do relator, o Tribunal expediu orientação às suas unidades técnicas para, em fiscalizações de obras e serviços de engenharia executados sob o regime de empreitada por preço global, proporem recomendação aos gestores para que incluam “*nos editais cláusula a estabelecer, de forma objetiva, o que será objeto de aditamentos durante a execução da avença, bem como a definição do que venha a ser ‘subestimativas ou superestimativas relevantes’ ,... , como, por exemplo, o estabelecimento de percentuais de tolerância quantitativa admitida em cada item do orçamento que torne descabida a celebração de aditivo, como, ainda, a necessidade de que a imprecisão se refira a serviço materialmente relevante do empreendimento”.*[***Acórdão 1977/2013-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-115856&texto=2b434f4c45474941444f253341253232504c454e4152494f2532322b414e442b2b2532384e554d41434f5244414f253341313937372b4f522b4e554d52454c4143414f253341313937372532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303133253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0%20)***, TC 044.312/2012-1, relator Ministro Valmir Campelo, 31.7.2013.***

**PRIMEIRA CÂMARA**

**6. A aplicação do sistema de credenciamento na contratação de serviços deve observar os seguintes requisitos, conforme as orientações expedidas pelo Acórdão 351/2010-Plenário:**

**a) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão;**

**b) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido;**

**c) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/93, principalmente no que concerne à justificativa de preços.**

Representação encaminhada pelo Tribunal de Contas do Estado do Amazonas apontara a utilização irregular do sistema de credenciamento para a contratação de prestadores de serviços educacionais de qualificação profissional, à conta de convênio firmado entre o Ministério do Trabalho e Emprego e o Governo do Estado do Amazonas. Além da utilização inadequada da contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, para o procedimento, o representante anotara que *“os requisitos para aplicação do credenciamento não haviam sido observados, uma vez que o edital previa a exclusão de participantes por meio de regras de pontuação e desempate”*. Ademais, ainda segundo o representante, o preço fixado para a hora/aula – equivalente ao valor máximo estabelecido nas normas do concedente – *“denotaria a possibilidade de competição e de oferta de menor preço”*. Realizado o contraditório, o relator registrou que o sistema de credenciamento adotado *“não observou perfeitamente os requisitos que vêm sendo estabelecidos para a espécie pela jurisprudência desta Corte, especialmente o Acórdão 351/2010-Plenário”*, quais sejam: (i) a contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão; (ii) a garantia da igualdade de condições entre todos os interessados hábeis a contratar com a Administração, pelo preço por ela definido; (iii) a demonstração inequívoca de que as necessidades da Administração somente poderão ser atendidas dessa forma, cabendo a devida observância das exigências do art. 26 da Lei 8.666/93, principalmente no que concerne à justificativa de preços. No caso vertente, segundo o relator, não houve a fixação de preço único, já que admitida variações de preço abaixo do parâmetro fixado. Além disso, o instrumento convocatório não estabelecera claramente as regras de classificação, podendo se presumir que, se coincidentes quesitos de habilitação e itens pontuáveis, *“seriam desclassificadas apenas as interessadas que obtivessem pontuação zero em algum dos itens”*. Ao revés, *“ante a apresentação de mais de uma proposta para um determinado curso, seria selecionada a entidade proponente com a pontuação mais alta”*. Nesse sentido, avaliou o relator que *“o sistema adotado pela Setrab/AM não se tratou de credenciamento propriamente dito, mas da mixagem de algumas feições desse sistema com aspectos característicos de licitação”*, evidenciando o descumprimento da Lei de Licitações e a inobservância do Acórdão 351/2010 - Plenário. O Tribunal, ao acolher a proposta de encaminhamento do relator, considerou procedente a representação e cientificou a Secretaria de Estado do Trabalho do Amazonas (Setrab/AM) de que a aplicação do sistema de credenciamento na contratação de prestação de serviços custeados por recursos federais deve observar as orientações expedidas no Acórdão 351/2010-Plenário. [***Acórdão 5178/2013-Primeira Câmara***](%20%20%20https%3A/contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-115702&texto=2b434f4c45474941444f2533412532325052494d454952412b43414d4152412532322b414e442b2b2532384e554d41434f5244414f253341353137382b4f522b4e554d52454c4143414f253341353137382532392b414e442b2b2532384e554d414e4f41434f5244414f253341323031332b4f522b4e554d414e4f52454c4143414f25334132303133253239&sort=DTRELEVANCIA&ordem=DESC&bases=ACORDAO-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0)***, TC 023.697/2011-3, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 30.7.2013.***

**INOVAÇÃO LEGISLATIVA**

[**Lei 12.846/2013, de 1.8.2013**](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm)**:** dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

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