**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) imporia 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. A despeito 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 analise 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***](mailto:infojuris@tcu.gov.br) |