



Número 164

Sessões: 13 e 14 de agosto 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. Os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à Administração dar oportunidade ao licitante para demonstrar a viabilidade de sua proposta.
2. Os contratos firmados no exterior que devam produzir efeitos jurídicos no Brasil devem ser, obrigatoriamente, redigidos em língua portuguesa, em atendimento ao princípio da publicidade.
3. Nos contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, a adoção de cláusulas de juízo arbitral deve estar técnica e economicamente justificada e comprovadamente em conformidade com as práticas de mercado.
4. Nas contratações do tipo *turn key* em que a elaboração do projeto básico for de responsabilidade da contratada (contratação integrada), deve ser promovida, previamente à abertura da licitação, a definição adequada das características do objeto a ser contratado, por meio de estudos, ensaios e projetos preliminares de engenharia.

Segunda Câmara

5. Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia, compete aos gestores públicos exigir, a cada etapa (projeto, execução, supervisão e fiscalização), as respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica, sob pena de responsabilização.
6. A homologação é um ato de fiscalização e controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pela comissão de licitação, e equivale a aprovar os procedimentos até então adotados.

PLENÁRIO

1. Os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à Administração dar oportunidade ao licitante para demonstrar a viabilidade de sua proposta.

Pedidos de Reexame interpostos pelas empresas Petrobras e MPE Montagens e Projetos Especiais S/A contra o Acórdão 3.344/2012-Plenário requereram a reforma de item da deliberação que determinara à Petrobras que procedesse à anulação de todos os atos praticados desde a injustificada desclassificação de três concorrentes por inexecuibilidade das propostas. Pretenderam as recorrentes que fossem consideradas lícitas as desclassificações das propostas, de forma a permitir a continuidade da execução do contrato firmado entre elas. O relator observou que *“a apreciação da exequibilidade de propostas não é tarefa fácil, pois há dificuldades em se fixar critérios objetivos para tanto e que não comprometam o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a administração. Nessa linha, esta Corte já se manifestou em diversas oportunidades que os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à administração propiciar ao licitante que demonstre a viabilidade de sua proposta”*. Contudo, diante da situação fática evidenciada nos autos (contrato assinado e em execução) e

considerando os efeitos reversos e prejuízos decorrentes da interrupção contratual naquele momento, o relator entendeu cabível tornar insubsistente a determinação impugnada. Destacou, entretanto, que “*esse entendimento não afasta a necessidade de adequada apuração dos atos inquinados de desclassificação das propostas de licitantes*”. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, deu provimento parcial ao recurso de forma a tornar insubsistente a determinação recorrida, sem prejuízo de restituir os autos à relatora *a quo* para a continuidade das apurações. **Acórdão 2143/2013-Plenário, TC 006.576/2012-5, relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013.**

2. Os contratos firmados no exterior que devam produzir efeitos jurídicos no Brasil devem ser, obrigatoriamente, redigidos em língua portuguesa, em atendimento ao princípio da publicidade.

Pedido de Reexame interposto pela Petrobras contra o Acórdão 2094/2009 - Plenário questionou determinação imposta a essa estatal para que os futuros contratos sejam, obrigatoriamente, redigidos “*em língua portuguesa, ou em textos bicolunados, com tradução da língua estrangeira para a língua portuguesa, conforme o disposto no art. 13 da Constituição Federal, c/c o art. 224 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil Brasileiro)*”. A recorrente argumentou que seriam lícitos os instrumentos contratuais firmados apenas em língua estrangeira por sua subsidiária sediada no exterior. O relator, assentado na legislação e na jurisprudência desta Corte, rebateu essa argumentação destacando a necessidade de que os contratos estejam vertidos para o vernáculo para que produzam efeitos jurídicos no Brasil. Observou ainda que “*a Petrobras é integrante da administração pública indireta, de forma que está sujeita ao princípio da publicidade ... De acordo com esse princípio, o trato da coisa pública deve ser dotado de máxima transparência, de forma a possibilitar o controle social por parte dos administrados*”. Ponderou, contudo, a abrangência da determinação impugnada, a qual abarcaria todos os contratos celebrados pela estatal, inclusive as avenças firmadas pelas subsidiárias no exterior, sem qualquer efeito jurídico no Brasil. Destacou que “*esse procedimento, além de onerar as contratações com custos de tradução, pode provocar insegurança jurídica nos contratados do exterior, os quais possivelmente não possuem expertise em firmar contratos em língua diversa daquela de seu país de origem*”. Nesse sentido, ponderando a aplicação do princípio da publicidade com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, propôs a redução do campo de aplicação do comando, de forma a não abarcar negócios jurídicos que não devam produzir efeitos no Brasil. O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, deu provimento parcial ao recurso a fim de conferir a seguinte redação ao item questionado: “*nos futuros contratos que vier a celebrar e que devam produzir efeitos jurídicos no Brasil, atente para a obrigatoriedade de os termos contratuais serem pelo menos redigidos em língua portuguesa*”. **Acórdão 2145/2013-Plenário, TC 006.588/2009-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013.**

3. Nos contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, a adoção de cláusulas de juízo arbitral deve estar técnica e economicamente justificada e comprovadamente em conformidade com as práticas de mercado.

Ainda no âmbito do Pedido de Reexame interposto pela Petrobras contra o Acórdão 2094/2009-Plenário, a estatal contestou determinação para que nos contratos “*em que sejam incluídas cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral, restrinja a resolução de eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos*” (grifos do relator). Segundo a recorrente, “*os conceitos de atividade fim e atividade meio não se prestam para a definição da disponibilidade ou não de eventual direito*”. O relator, ao concordar com essa tese, observou que “*o deslinde da questão passa pela natureza dos direitos objeto da contratação da Petrobrás*”. Nesse sentido, amparado na doutrina e na jurisprudência, evidenciou a diferença entre direitos disponíveis (interesse da administração) e indisponíveis (interesse público), concluindo que, “*sob a estrita ótica da natureza do bem*”, poderia haver a estipulação de cláusula arbitral nos contratos administrativos que versem sobre direitos disponíveis, ou seja, aqueles que envolvem uma contraprestação financeira em decorrência de fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços. Ponderou, contudo, que “*como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal*”. Ao analisar a situação peculiar das sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, sujeitas ao regime jurídico das empresas privadas, o relator lembrou que, a despeito da ausência de disposição legal específica, o Superior Tribunal de Justiça, amparado no texto constitucional (art. 173, § 1º da CF), defende que essas sociedades podem utilizar a cláusula arbitral nos contratos de que fazem parte. Acrescentou que a jurisprudência do STJ não teria estabelecido limites para a utilização da cláusula arbitral, mas “*entende-se que ... somente deve ser utilizada em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado*”. Nesse sentido, propôs a alteração da determinação impugnada, “*de forma que a utilização de cláusula arbitral não seja restrita à*

atividade fim da empresa, devendo entretanto ser justificada técnica e economicamente e ser de acordo com a prática de mercado". Nesses termos, o Plenário acolheu a proposta formulada pelo relator, dando provimento parcial ao recurso. **Acórdão 2145/2013-Plenário, TC 006.588/2009-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013.**

4. Nas contratações do tipo *turn key* em que a elaboração do projeto básico for de responsabilidade da contratada (contratação integrada), deve ser promovida, previamente à abertura da licitação, a definição adequada das características do objeto a ser contratado, por meio de estudos, ensaios e projetos preliminares de engenharia.

Também no Pedido de Reexame interposto pela Petrobras contra o Acórdão 2094/2009-Plenário, a estatal questionou determinação no sentido de que *"mesmo em contratações do tipo 'turn key' passe a elaborar previamente à abertura do certame licitatório o projeto básico e o seu respectivo orçamento detalhado"*. Segundo a recorrente, a contratação ocorrera de acordo com o Decreto 2.745/98 (Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras). O relator, em preliminar, ressaltou que as contratações do tipo *turn key* podem ocorrer *"com a elaboração prévia do projeto básico pela contratante ou com a atribuição à contratada de execução do projeto básico"*. Destacou que a deliberação impugnada refere-se à segunda hipótese, denominada contratação integrada, quando a elaboração do projeto básico fica a cargo da contratada, a qual é prevista tanto na Lei 12.462/11, que estabelece o RDC, quanto no Decreto 2.745/98, que aprova o regulamento licitatório da Petrobras. *"Nesses casos, a definição do objeto e a sua orçamentação devem ocorrer mediante anteprojeto de engenharia, de acordo com os normativos pertinentes"*. Em relação ao RDC, observou que, nos termos da Lei 12.462/11, *"a Petrobras pode dele se utilizar caso execute alguma ação integrante do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Entretanto, até porque a norma lhe é posterior, a decisão ora impugnada não tratou dessa matéria, de forma que caberia a reforma da decisão para excepcionar a hipótese de aplicação do RDC pela Petrobras"*. Observou ainda que a deliberação estaria incompatível com a jurisprudência do TCU, segundo a qual *"a licitude da utilização pela Petrobras de contratações tipo EPC [turn key] deve ser aferida em cada caso concreto"*. Considerando que a determinação em questão vedara a prática de forma geral, o Tribunal, após os debates, decidiu por sua reforma para torná-la menos restritiva, dando provimento parcial ao recurso de modo a conferir a seguinte redação ao item questionado: *"nas hipóteses legalmente permitidas para a adoção de contratações tipo 'turn key' sem a elaboração prévia de projeto básico, promova, previamente à abertura do certame licitatório, por meio de estudos, ensaios e projetos preliminares de engenharia, a definição adequada ... [das] características do objeto a ser contratado"*. **Acórdão 2145/2013-Plenário, TC 006.588/2009-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 14.8.2013.**

SEGUNDA CÂMARA

5. Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia, compete aos gestores públicos exigir, a cada etapa (projeto, execução, supervisão e fiscalização), as respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica, sob pena de responsabilização.

Em autos de Prestação de Contas Simplificada, exercício de 2009, do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Sergipe – IFS fora verificado, dentre outros apontamentos, o desabamento da estrutura de um galpão da Unidade Educativa de Produção, em consequência de irregularidades na contratação e na execução da obra, e a inutilização de outros três. Realizado o contraditório, a relatora anotou que a conduta do diretor-geral do campus São Cristóvão fora decisiva para a ocorrência das irregularidades, que acarretou dano ao erário, em especial porque (i) autorizou a realização de licitação e a contratação das empresas baseado em projeto básico apócrifo, (ii) permitiu a execução da obra e pagamentos sem as Anotações de Responsabilidade Técnica – ART do projeto básico e do orçamento da licitação e (iii) designou como fiscais das obras servidores sem qualificação para o encargo. No entendimento da relatora, o diretor-geral, ao agir dessa maneira *"assumiu para si toda a responsabilidade pela coerência e suficiência das informações contidas naquele importante documento"*. A propósito, lançou mão do parecer exarado pelo representante do Ministério Público que, alicerçado na legislação e na jurisprudência incidente, anotou: *"deveria o gestor público ter exigido, nos termos da lei, a apresentação de ART referente ao projeto básico em questão, sendo que a sua inexistência fez recair sobre o mesmo, autoridade que homologou o processo licitatório, a responsabilidade por eventual deficiência de projeto ... Ademais, jurisprudência do TCU há muito se mostra pacífica acerca da obrigatoriedade de exigência, por parte do gestor público, da apresentação de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a projeto, execução, supervisão e fiscalização de obras e serviços de engenharia."*

Nesse sentido, inclusive, foi publicada a Súmula/TCU n. 260 ...”. Também recorrendo ao parecer do MP, a relatora entendeu não ser possível afastar a responsabilidade das empresas executoras: *“o simples fato de terem executado obras de engenharia sem a apresentação da competente Anotação de Responsabilidade Técnica - ART faz recair sobre as empresas contratadas a responsabilidade sobre os defeitos, vícios ou incorreções, resultantes da elaboração e execução do projeto de engenharia em questão*”. Nesse sentido, acolhendo proposta da relatora, o Tribunal julgou irregulares as contas do gestor, condenando-o ao recolhimento dos débitos apurados, dois deles solidariamente com as empresas contratadas, aplicando-lhes, individualmente, a multa capitulada no art. 57 da Lei 8.443/92. **Acórdão 4790/2013-Segunda Câmara, TC 020.190/2010-7, relatora Ministra Ana Arraes, 13.8.2013.**

6. A homologação é um ato de fiscalização e controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pela comissão de licitação, e equivale a aprovar os procedimentos até então adotados.

Em Recurso de Reconsideração interposto contra deliberação proferida em sede de Tomada de Contas Especial, na qual a responsável fora condenada em débito e sancionada com multa em decorrência de irregularidades verificadas em licitação, a recorrente alegou, dentre outros aspectos, que lhe competia, na qualidade de prefeita municipal, apenas homologar o certame, com base nos elementos constitutivos do procedimento licitatório. Analisando as alegações, a relatora anotou que no caso vertente a gestora fora ouvida, dentre outros aspectos, pela *“falta da realização de pesquisa de preços de mercado dos bens a serem adquiridos*”. Relembrou a relatora que *“tivesse a gestora atentado para esse procedimento simples e se certificado de sua realização nos autos do processo licitatório, teria facilmente detectado o sobrepreço, pois a diferença apontada foi significativa*”. Nesse passo, assinalou que *“a homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente sobre tudo o quanto foi realizado pela comissão de licitação. Homologar equivale a aprovar os procedimentos até então adotados. Esse ato de controle não pode ser tido como meramente formal ou chancelatório, mas antes como um ato de fiscalização*”. Assim, a gestora, ao homologar o certame diante da inexistência da pesquisa dos preços de mercado nos autos da licitação, dera ensejo ao superfaturamento apurado. Nesses termos, o Tribunal, ao acolher a proposição da relatora, negou provimento ao recurso. **Acórdão 4791/2013-Segunda Câmara, TC 026.876/2010-8, relatora Ministra Ana Arraes, 13.8.2013.**

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