

## VOTO

Cuidam os autos de levantamento de auditoria realizado em 2002 nas obras de construção do edifício-sede da Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado do Acre.

2. O extenso histórico deste processo, que fiz questão de registrar no relatório que antecedeu este voto, detalha todo o deslinde da fiscalização. A execução das obras foi iniciada nos idos de 1998, passou por rescisão contratual e nova pactuação no ano seguinte e foi levada a termo em 22/10/2004. Este feito, que já conta com mais de 10 anos, ainda não teve solução de mérito, especialmente em face da complexidade da matéria e das dificuldades na coleta de informações imprescindíveis para uma manifestação conclusiva, como por exemplo o orçamento detalhado do empreendimento.

3. Algumas das irregularidades inicialmente apontadas acabaram afastadas, especialmente em consequência das audiências e oitiva realizadas nestes autos. A derradeira manifestação da Secretaria de Controle Externo no Estado do Acre (Secex/AC) apontou débito histórico de R\$ 1.285.854,88, assim originado:

a) R\$ 10.339,83 (data base de agosto de 1998), descontados os valores retidos de INSS e tributos federais, em razão da não utilização dos preços unitários da licitante vencedora para contratar a construtora Albuquerque Engenharia, responsável pela execução do remanescente da obra;

b) R\$ 1.275.515,05 (data base de maio de 2000), descontados os valores retidos de INSS e tributos federais, em decorrência de repactuação firmada no 1º termo aditivo ao contrato 6/1999, que teve por fim um 'realinhamento' de preços para suposto restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

4. Além disso, a Secex/AC propôs a audiência dos gestores responsáveis pela contratação e pela celebração de aditivos, em razão da inexistência de orçamento detalhado para o empreendimento, já que diversos itens foram orçados a título de 'verba'.

5. Em razão da especificidade da matéria, submeti as conclusões da unidade regional à avaliação da então 1ª Secretaria de Fiscalização de Obras (Secob-1), que endossou na quase totalidade o exame da Secex/AC.

6. Inicialmente, a unidade especializada em obras destacou a impossibilidade de avaliação geral do orçamento do empreendimento, pois *"a maior parte dos serviços materialmente relevantes dessas avenças encontra-se orçada em macro-itens, não estando discriminada em seus subitens e não possuindo composições de preços unitários."*

7. No entanto, a Secob-1 ratificou os apontamentos de que a contratação da empresa Albuquerque para execução do remanescente das obras se deu em condições diversas daquelas oferecidas pela licitante vencedora, em afronta à obrigação estabelecida no inciso XI do art. 24 da Lei 8.666/1993. A incompatibilidade com a proposta vitoriosa no certame teria dado causa a acréscimos significativos nos dispêndios incorridos pela Administração, especialmente em face dos termos aditivos firmados pela Justiça Federal do Acre. A unidade especializada, ao fim, confirmou a ocorrência do débito apontado pela Secex/AC, mas corrigiu o valor para R\$ 1,372 milhões (R\$ 17.671,91 e R\$ 1.354.768,95), pois divergiu das compensações relativas aos recolhimentos tributários retidos nos pagamentos à contratada.

8. Quanto às audiências pela ausência de orçamento detalhado, a Secob-1 considerou desnecessários os procedimentos sob as seguintes justificativas: *"o débito apurado já se encontra materializado, a obra já se encontra concluída, e os responsáveis poderão produzir elementos em sua defesa no âmbito da TCE, após serem devidamente citados."*

9. Após as manifestações das unidades técnicas, solicitei novo pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, que, na essência, ratificou seus pareceres precedentes e também as conclusões da Secex/AC e da Secob-1. Nas pontuais divergências, relativas às audiências pela ausência de

orçamento detalhado e às reduções do débito em face dos recolhimentos tributários, o MPTCU posicionou-se pela inadequação das últimas e pela necessidade das primeiras.

10. O prejuízo ao erário apurado nestes autos tem origem na contratação para execução de remanescente de obra com base em condições diversas daquelas que venceram o processo licitatório. Segundo o inciso XII do art. 24 da Lei 8.666/1993, é dispensável a licitação (destaques acrescidos):

"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;**"

11. É necessário observar que a referida hipótese de dispensa do procedimento licitatório estabelece, como requisito essencial, a manutenção das condições ofertadas pelo licitante vencedor, inclusive em seus aspectos econômicos. Não estão obrigados nem o gestor público a aproveitar o certame, nem os demais licitantes a aceitar os termos da proposta vencedora. No entanto, para legitimar a contratação direta, devem ser adotadas as condições vencedoras do processo concorrencial.

12. As citações doutrinárias que fundamentaram a prolação da decisão 417/2002-Plenário (ata 13), registradas na instrução da Secob-1, são esclarecedoras e, por sua pertinência, transcrevo-as a seguir:

"10. A respeito, observe-se que um dos princípios interpretativos aplicável do Direito Administrativo é exatamente o de que a Administração Pública age com desigualdade em relação aos administrados. Mas nesse caso específico, sequer há que se falar em desigualdade, uma vez que nas contratações realizadas com fulcro no art. 24, XI, da Lei nº 8.666/93 não se impõe qualquer obrigação ao contratado, sendo-lhe facultado aceitar ou não as condições requeridas pela Administração.

11. Nesse sentido, elucidativa é a lição de Marçal Justen Filho: 'Os licitantes não são obrigados a aceitar a contratação, inclusive porque o contrato se fará nos termos de proposta formulada por terceiro'. (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., p. 253).

12. Veja-se que o festejado administrativista explicita que o contrato se fará nos termos da proposta de terceiro, e não apenas pelo preço global daquele. E para que a proposta seja coerente, não se pode dissociar os preços unitários do valor total do empreendimento.

13. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao tratar o assunto, leciona que 'a equação da proposta mais vantajosa não pode ser alterada com a contratação do licitante remanescente' (op. cit., p. 403). Não existem dúvidas de que a alteração dos preços unitários implicaria na alteração da equação econômico-financeira vigente, mormente quando se verifica que o regime de execução é o de empreitada por preços unitários. Ainda do nobre doutrinador, na mesma obra (p. 397), extrai-se a seguinte lição:

'... os licitantes remanescentes, se aceitarem, estarão vinculados à proposta do licitante classificado em primeiro lugar no certame; não só ao preço, como também a todas as condições ofertadas, integralmente. A proposta que o licitante remanescente formulou à Administração será desprezada, não intervindo de qualquer modo no ajuste: ou ele aceita as condições ofertadas pela Administração, que estará balizada, repita-se, integralmente, pelas condições constantes da proposta do licitante vencedor, ou não. Inexiste qualquer possibilidade de negociação, acertamento, conciliação ou alteração equivalente.'

14. Também Carlos Pinto Coelho da Motta assinala que, se configurando a hipótese prevista no art. 24, XI, a contratação ocorrerá mediante a 'aceitação, pelo licitante classificado, das mesmas condições do adjudicatário anterior' (in Eficácia nas Licitações e Contratos, 8ª ed., p. 153).

15. Observe-se que a norma poderia simplesmente prever a contratação do segundo classificado no certame, inclusive com os preços por ele ofertados - que, com a desistência do primeiro classificado, passariam a ser os melhores preços disponíveis. Não obstante, o legislador pretendeu conferir à Administração a possibilidade de contratar - ou no caso previsto no § 2º do art. 64, prosseguir com as obras ou serviços - nas exatas condições inicialmente obtidas. Nesse caso, ao licitante segundo colocado simplesmente é dada a opção de aceitar ou não a assunção integral da

proposta formulada pela primeira colocada. Destaque-se: a assunção integral da proposta da primeira colocada! A proposta do segundo colocado é totalmente afastada. Somente dessa forma será cumprida a *intentio legis*."

13. A contratação de remanescente de obra pressupõe que o proponente estudou a equação inicial antes de assinar o ajuste e analisou e aceitou uma proposta de preços baseada em dados que entendeu exequíveis em condições de equilíbrio econômico-financeiro.
14. O 1º termo aditivo ao contrato 6/1999, que realizou o *"realinhamento de preços do saldo do contrato originário a partir de maio/2000, no valor de R\$ 1.532.331,29, resultante do disposto nos autos do Processo Administrativo n. 270/2000-AC"*, não teve fundamentação em nenhuma das hipóteses do rol exaustivo estabelecido no art. 65, inciso II, alínea "d" da Lei de Licitações e Contratos, que delineia as causas de alterações contratuais para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quais sejam:
  - a) fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis e que sejam retardadores ou impeditivos da execução do ajustado;
  - b) casos de força maior;
  - c) caso fortuito;
  - d) fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.
15. O 1º termo aditivo teve por fim alterar as condições contratuais aceitas pela empresa Albuquerque para execução das obras e nenhuma das hipóteses que poderiam configurar desequilíbrio econômico foi, de fato, demonstrada.
16. A suposta desatualização dos preços encontraria solução no próprio contrato, por meio do reajuste dos valores consignados nos termos previstos. A recomposição da avença, por outro lado, tem por fim balancear os encargos do particular com as remunerações a que fará jus. São institutos diversos, que não podem ser confundidos. Não basta que haja aumento de preço de alguns insumos para que seja concedido reequilíbrio econômico-financeiro, é preciso que o caso concreto se enquadre em alguma das hipóteses acima elencadas.
17. Destaco, ainda, que a contratação inicial de R\$ 5,11 milhões, em decorrência dos diversos aditivos, alcançou R\$ 8,77 milhões.
18. Nesse contexto, apesar do significativo lapso temporal decorrido, em face da imprescritibilidade dos danos ao erário, a conversão dos autos em tomada de contas especial para citação dos responsáveis e apuração do dano é medida necessária.
19. Quanto ao cômputo do débito, em alinhamento aos entendimentos defendidos pela Secob-1 e pelo MPTCU, não devem ser desde já compensados os efeitos dos valores retidos no pagamento das faturas, eis que caberá à empresa contratada, credora dos eventuais tributos indébitos, buscar sua restituição junto aos órgãos próprios.
20. No tocante à proposta de audiência dos responsáveis pela inexistência de orçamento detalhado, considero despicienda, neste momento, qualquer medida por parte desta Corte. Primeiro, porque o débito apontado nos autos tem origem nas evidências de irregularidade no reequilíbrio do contrato e na contratação do remanescente da obra, não na falta de detalhamento dos preços. Além disso, dado o significativo prazo transcorrido desde a fiscalização inicial (2002) e mesmo desde a conclusão das obras (2004), a irregularidade, por não estar relacionada diretamente aos débitos, poderia, conforme jurisprudência recente deste Tribunal, já ter sido alcançada pelo instituto da prescrição.
21. Também concordo com a Secob-1 quanto à prescindibilidade da diligência proposta pela Secex/AC para avaliação de eventual saldo contratual. Além do improvável sucesso, eis que se trata de obra encerrada há quase dez anos, os responsáveis poderão apresentar tal informação no bojo de suas alegações de defesa, caso julguem pertinente.

22. Em relação à individualização das responsabilidades, endosso as conclusões concordantes das unidades técnicas e do MPTCU. Pedro Francisco da Silva, ex-diretor da Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado do Acre, por ter celebrado o 1º termo aditivo ao contrato 6/1999, é responsável direto pela repactuação irregular no valor de R\$ 1,354 milhões, para a qual concorreram também Jayme Jesus Soeiro Filho e Luiz Otávio Campello Montezuma, signatários de pareceres técnicos que aprovaram o referido aditamento. Em relação ao débito de R\$ 17 mil, decorrente da não utilização imediata dos preços da primeira colocada na licitação, deve ser citado, em solidariedade com a construtora, apenas Pedro Francisco da Silva, signatário do ajuste. Por sua vez, a empresa Albuquerque Engenharia Ltda., beneficiária de pagamentos em valores divergentes daqueles que embasaram sua contratação por dispensa de licitação, também deve ser citada pelo débito apontado.

Ante o exposto, VOTO por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado, nos termos ali detalhados.

TCU, Sala das Sessões, em 29 de janeiro de 2014.

ANA ARRAES  
Relatora