

SÉRIE:

# DECISÕES RELEVANTES DE

*Tribunais de Contas Estaduais para Municípios*

POR: ARAUNE CORDEIRO



# Sumário

- **Artigo #01** | Acórdão nº 2150/20 - Tribunal Pleno – TCE/PR – É possível a Administração Municipal contratar empresa para *locação* de luminárias de LED, via pregão? \_\_\_\_\_ p.03
- **Artigo #02** | Acórdão nº 440/20 - Tribunal Pleno – TCE/PR – É possível a prorrogação de contratos de *fornecimento* de bens de uso continuado? \_\_\_\_\_ p.06
- **Artigo #03** | Acórdão nº 1374/19 - Tribunal Pleno – TCE/PR Qual a modalidade licitatória a ser utilizada em compra de imóvel com recursos de fundo de Câmara Municipal? \_\_\_\_\_ p.12
- **Artigo #04** | Acórdão nº TC-211/2018 – Segunda Câmara – TCE/ES – Os Tribunais de Contas Estaduais tem legitimidades para fiscalizar e deliberar sobre atos e manifestações jurídicas de advogados inscritos na OAB? \_\_\_\_\_ p.18
- **Artigo #05** | Acórdão nº TC-211/2018 – Segunda Câmara – TCE/ES – Em dispensa de licitação emergencial, é necessário justificar a escolha do contratado? Quais são as justificativas aceitáveis? \_\_\_\_\_ p.24
- **Artigo #06** | Acórdão nº TC-211/2018 – Segunda Câmara – TCE/ES – A fiscalização de contratos é indispensável! \_\_\_\_\_ p.28
- **Artigo #07** | Acórdão nº TC-0102/2018 – Primeira Câmara – TCE/ES – O que considerar na avaliação de imóveis, para fins de locação? \_\_\_\_\_ p.32
- **Artigo #08** | Acórdão nº TC-0102/2018 – Primeira Câmara – TCE/ES – É possível a alteração do valor do aluguel acima do índice previsto no contrato? \_\_\_\_\_ p.36
- **Artigo #09** | Acórdão nº TC-0102/2018 – Primeira Câmara – TCE/ES – É vedada a execução de serviços previamente à formalização do contrato administrativo! \_\_\_\_\_ pg.40
- **Artigo #10** | Parecer em consulta 00024/2019-8 – Plenário – TCE/ES – Questões relevantes sobre repactuação e reajuste de valores contratuais \_\_\_\_\_ p.43





# Artigo #01



Por Araune Cordeiro de A. Duarte da Silva.

Advogada. Especialista em Direito Administrativo, com ênfase em Licitações e Contratos e Sistema S. Experiência de mais de 15 anos na área como assessora jurídica em órgãos públicos, entidades do Sistema S, consultora jurídica e coordenadora de setor de licitações e contratos, exercendo, inclusive, as funções de presidente de comissão de licitação e pregoeira. Autora de diversos artigos jurídicos.

### **Acórdão nº 2150/20 - Tribunal Pleno – TCE/PR – É possível a Administração Municipal contratar empresa para *locação* de luminárias de LED, via pregão?**

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, se manifestou por meio do Acórdão nº 2150/20, sobre dúvidas de seus municípios subordinados, a respeito da possibilidade, ou não, de realizar a contratação de empresa para locação de luminárias de LED, bem como dos materiais e serviços para instalação e manutenção, visando a implementação e reordenação luminotécnica de pontos do sistema de iluminação pública dos logradouros, praças, monumentos históricos e áreas públicas. Ainda, outra dúvida apresentada foi no sentido de utilizar a modalidade pregão para esse tipo de contratação, em caso da possibilidade de realizá-la.

O ponto principal de dúvida era a respeito do tipo de contrato a ser utilizado: compra ou locação. E a orientação do Tribunal de Contas foi no sentido de que o gestor municipal pode usar do seu poder discricionário para decidir pela locação ou compra, desde que sua opção seja justificada por estudo técnico de viabilidade capaz de comprovar a vantajosidade da locação em detrimento da aquisição dos produtos.

“O primeiro questionamento versa acerca da possibilidade de a Administração contratar empresa para locação tanto de luminárias de LED como dos materiais e serviços para sua instalação e manutenção, com o fim de implementar e reordenar a iluminação pública municipal. É de conhecimento geral que a durabilidade do LED é bem maior do que a das lâmpadas convencionais, além de que proporciona economia de energia e nível adequado de iluminação; ou seja, o produto é eficiente. **Em que pese a margem de discricionariedade que o gestor detém de optar pela celebração de um contrato de compra e venda ou de locação, há a necessidade de que confeccione estudo de viabilidade com análise comparativa, para que demonstre com segurança que a locação seria vantajosa frente à aquisição.** [Sem grifo no original]

(...)

As dúvidas trazidas à baila nesta Consulta não fazem qualquer menção quanto ao destino a ser dado aos bens locados, ao final da vigência do contrato. Assim, presumindo-se a aplicação da regra geral dos contratos de locação, tais bens seriam restituídos ao proprietário, circunstância que vem a corroborar o entendimento pela obrigatoriedade de se apresentarem justificativas prévias que demonstrem ser a locação a opção mais vantajosa para a Administração.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, em pesquisa por amostragem junto ao PIT - Portal Informação para Todos, averiguou as licitações realizadas por diversos Municípios do Estado do Paraná, tendo por objeto a contratação de serviços semelhantes aos ora questionados. Em todos os certames, as contratações envolveram, além da prestação de serviços, a aquisição das luminárias. Depreende-se, assim, que a celebração de contrato



de locação não é algo usual, fato que, também, direciona ao entendimento de que é necessária a elaboração de um estudo comparativo.

Portanto, de acordo com os princípios regentes da Administração Pública, a discricionariedade fica mitigada; deve o gestor adotar, dentre as opções (locação ou aquisição), a mais eficiente e viável economicamente. Afinal, a sua atuação tem que estar sempre orientada ao atendimento do interesse público. **Sendo assim, concluo que há possibilidade de que a Administração opte pela contratação de empresa para locação de luminárias de LED e dos materiais e serviços para sua instalação e manutenção, com o fim de implementar e reordenar a iluminação pública municipal,**

Já no que toca ao segundo questionamento, que se relaciona com a possibilidade de ser utilizada, para referida contratação, a modalidade licitatória denominada pregão, a conclusão de seu no sentido de que é possível a utilização da modalidade pregão para a contratação de bens e serviços de iluminação pública desde que seja possível extrair do edital e de seu termo de referência padrões de desempenho e de qualidade objetivamente definidos, por meio de especificações usuais de mercado.





# Artigo #02



## **Acórdão nº 440/20 - Tribunal Pleno – TCE/PR – É possível a prorrogação de contratos de fornecimento de bens de uso continuado?**

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, se manifestou por meio do Acórdão nº 440/20, sobre dúvidas de seus municípios subordinados, a respeito da possibilidade de se prorrogar os contratos de fornecimento permanente de bens de uso continuado à Administração municipal, tais como fármacos, gêneros alimentícios, de limpeza e higiene, possibilitando que estes ajustes durem mais de um exercício financeiro, impedindo a interrupção do serviço público.

Sobre isso, o Tribunal entendeu pela possibilidade de que o art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93, seja interpretado extensivamente, abrangendo as situações caracterizadas como de fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas, desde que os bens manifestem necessidade de serem executados de forma contínua, existam recursos em dotação orçamentária específica, bem como que seja comprovado que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração.

Vejamos o que discorreu o Tribunal a esse respeito:

Eis a regra a vindicar interpretação e aplicação:

“Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

(...)

II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses”.

Fácil vislumbrar o estabelecimento de uma regra e a hipótese que a excepciona, convindo primeiro encontrar o sentido e alcance daquela para, após, explicitar o desta. A norma, de índole eminentemente orçamentária, vincula a duração de contratos administrativos à vigência dos créditos orçamentários que lhes servem de substrato. Nesse passo, enquanto perdurar o crédito, subsiste o contrato. E a vigência do crédito se curva à estrita observância do princípio da anualidade orçamentária, previsto no art. 35, II, da Lei n.º 4.320/64. E tendo em vista que o exercício financeiro coincide com o ano civil (art. 34 da Lei n.º 4.320/64), as despesas de um exercício financeiro devem restar lastreadas nas receitas arrecadadas no mesmo exercício. Assim, ultrapassado o exercício financeiro, impõe-se a reserva de numerário suficiente ao adimplemento das obrigações oriundas desse contrato, seguindo o empenho das despesas até o último dia do exercício financeiro e a sua inscrição em restos a pagar no exercício seguinte. A dissociação a isso, ou seja, a não observância a essa regra, se permite naquelas hipóteses descritas em lei, notadamente, naquilo que toca ao presente, o contrato de prestação de serviços contínuos.

Embora não goze de grande acolhida a interpretação literal (Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 106-123), o apego à literalidade do dispositivo conduz, *prima facie*, à negativa de considerar qualquer aplicabilidade, ainda que lateral, a contratos de fornecimento (compra) contínuo, eis que cediço que os mesmos encerram obrigação de dar, e os de prestação de serviço,



de fazer. Embora isso não ressoe claro da interpretação autêntica dada pela Lei n.º 8.666/93 aos conceitos de serviço e compra (incisos II e III do art. 6º, respectivamente), colhe-se da doutrina diversos exemplos de que o fator de *discrímen* residiria na natureza da obrigação principal que encerra o objeto do contrato. Convém pontuar que esse raciocínio se encontra explicitado no Acórdão n.º 5372/14, do Tribunal Pleno, que restringiu a aplicabilidade do art. 57, inc. II, da Lei n.º 8.666/93, apenas aos contratos que compreendam obrigações de fazer (prestação de serviço), considerando, assim, irregular a prorrogação de contratos de fornecimento contínuo.

Mais além, há sólidas posições quanto à não incidência do dispositivo à contratos de compras. Nesse sentido: Marçal Jusen Filho. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15 ed. Dialética: São Paulo, 2012. p. 832; Joel de Menezes Niebuhr. Licitação pública e contrato administrativo. 4 ed. Fórum: Belo horizonte, 2015. p. 857.

Frise-se que é a literalidade do dispositivo que conduz a tais posições.

Mas como afirmado, tirante a interpretação literal, há que se buscar outros meios hermenêuticos para a elucidação da indagação em comento. De início, cumpre afirmar que, relativamente ao primeiro questionamento, de interpretação analógica não cuida o presente, eis que essa somente se observa quando explicitamente admitida pelo próprio dispositivo legal que se pretende aplicar, pois o mesmo alberga uma fórmula casuística e outra genérica, permitindo a extensão da regra a outras hipóteses por meio da formulação genérica.

Veja-se a redação da cabeça do art. 3º da Lei n.º 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Após uma descrição casuística e enumerada dos princípios que devem ser observados numa licitação (legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório), segue uma formulação genérica a impor a obediência de outros princípios “que lhes são correlatos”. Veja-se que, reside na própria lei a autorização para a utilização da interpretação analógica.

Na interpretação extensiva ocorre uma dilatação da regra para abranger uma hipótese implicitamente admitida. Como leciona Carlos Maximiliano, “a interpretação extensiva completa norma existente, trata de espécie já regulada pelo Código, enquadrada no sentido de um preceito explícito, embora não se compreenda na letra deste” (Hermenêutica e aplicação do direito. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 215).

Dito isso, cumpre verificar se a literalidade ficou aquém do que pretendia a regra.

A lei admitiu a possibilidade de prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos, mas não definiu o que os caracterizaria. Da doutrina colhe-se:





“Prestação de serviços de execução contínua devendo-se por esta entender aquela cuja falta paralisa ou retarda o serviço de sorte a comprometer a correspondente função estatal ou paraestatal” (Jessé Torres Pereira Júnior. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 502);

“São contratos voltados para serviços que, devido ao interesse público, deverão ser prestados sem nenhum tipo de interrupção” (Sidney Bittencourt. Licitação passo a passo. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 588);

“Os serviços de execução contínua são caracterizados pela perenidade e necessidade de sua prestação” (Diógenes Gasparini. Prazo e Prorrogação do Contrato de Serviço Continuado. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 2, n. 13, jan.2003);

"Não apenas a continuidade do desenvolvimento, mas a necessidade de que não sejam interrompidos, constituem os requisitos basilares para que se enquadrem como prestação de serviços a serem executados de forma contínua" (Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (A duração dos contratos de prestação de serviços a serem executados de forma contínua. Boletim de Licitações e Contratos. São Paulo, NDJ, São Paulo, NDJ).

Os conceitos trazidos são uniformes quanto à caracterização de serviços contínuos como aqueles que ostentam a necessidade de sua prestação, onde a sua paralisação, retardo, interrupção comprometeria a atuação estatal. Assim, pela necessidade de sua prestação contínua, sem interrupção, sob pena de embaraçamento da atividade estatal, é que a tais contratos foi outorgada a possibilidade de prorrogação.

Ocorre que os mesmos motivos que possibilitam a prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos podem ser utilizados em relação aos de fornecimento contínuo, quais sejam, a necessidade ininterrupta do fornecimento e o comprometimento do funcionamento estatal adequado caso ocorra a sua descontinuidade.

Em verdade, não parece existir razão suficiente (salvo a literalidade da lei) para negar a possibilidade de prorrogação em razão da natureza do contrato que se pretende aditar. A necessidade contínua da prestação do serviço ou do fornecimento do bem se impõe indistintamente. Consoante bem lembrado na instrução da unidade técnica, esta Corte já considerou a hipótese regular, por meio do Acórdão n.º 2634/17, da Segunda Câmara, nos seguintes termos:

Todavia, entendo que se impõe em juízo de razoabilidade a específica análise do caso concreto, conforme Decisão n.º 10.109/1998 do Tribunal de Contas do Distrito Federal:

“Admitir a interpretação extensiva do disposto no inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666, e 21 de junho de 1993, às situações caracterizadas como fornecimento contínuo, devidamente fundamentadas pelo órgão interessado, caso a caso”.

Nesse sentido, entendo que o Acórdão n.º 766/2010-Plenário do Tribunal de Contas da União, mencionado pela Coordenadoria de Fiscalização Municipal, fornece parâmetros para a possível aplicação extensiva do art. 57, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/93. Cito trecho da decisão:

“Pode-se observar que os serviços contínuos possuem as seguintes características:



- Ser essencial;
- Executado de forma contínua;
- De longa duração;
- O fracionamento em períodos prejudica a execução do serviço.

(...)

Quanto ao caráter essencial do serviço, o fato resta demonstrado uma vez que, conforme assevera a Unidade Técnica, a distribuição de medicamentos concretiza o direito constitucional à saúde e resguarda a dignidade da pessoa humana. Por consequência, a interrupção no fornecimento tende a gerar transtornos aos beneficiários da política pública e prejudicar a execução do serviço.

Irretocáveis as razões acima expendidas, salvo quanto à eleição da essencialidade como atributo do serviço a autorizar a prorrogação do serviço ou fornecimento, eis que tal requisito não se encontra definido na lei. A necessidade contínua do serviço ou do fornecimento é suficiente para autorizar a prorrogação. A essencialidade não se encontra prevista em lei, admitindo-se apenas que o serviço ou o fornecimento seja, para usar a expressão da lei, executado de forma contínua.

No entanto, divirjo da necessidade de ser um serviço essencial, ou seja, cuja paralisação traria prejuízo para a Administração, pois a lei não limitou as hipóteses de contratos executados de forma contínua.

O inc. II dispõe: "a prestação de serviços a serem executados de forma contínua que poderão ter sua duração prorrogada...". Os serviços enquadráveis neste dispositivo são todos aqueles que são executados de forma contínua, não importando se é essencial, ou que sua interrupção provoque dano à Administração. Basta que seja executado de forma contínua. Ainda, válida é a invocação do antigo brocardo: *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* (Onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir).

Perceba-se que a essencialidade não é exigida para os contratos de prestação de serviços contínuos, como explica Marçal Justen Filho: "Estão abrangidos não apenas os serviços essenciais, mas também as necessidades públicas permanentes relacionadas com atividades de menor relevância (tal como limpeza, por exemplo). O que é fundamental é a necessidade pública permanente e contínua a ser satisfeita através de um serviço" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a lei de licitação e contratos administrativos. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 831)

Como tal essencialidade não se encontra prevista na norma, nem é exigida para a prorrogação de contratos de prestação de serviços contínuos, não deve essa ser erigida como requisito para a dilatação do prazo de contratos de fornecimentos contínuos.

Respondendo especificamente à indagação feita, é possível a interpretação extensiva da regra do art. 57, II, da Lei n. 8.666/93 para abranger as hipóteses de contratos de fornecimento permanente de bens de uso continuado à Administração municipal;"





A decisão, embora bastante recente, foi proferida antes da publicação da Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 e acho bastante válido comentar que a Nova Lei trouxe todo um regramento sobre fornecimento de bens, visto que esse tema gerou uma infinidade de dúvidas na égide da Lei nº 8.666/93, tal como o assunto tratado neste Acórdão.

A Lei nº 14.133/21 definiu expressamente que admite o fornecimento contínuo de bens, no seu artigo 40, inciso III (Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte: (...) III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;) e definiu expressamente também a possibilidade de prorrogação destes contratos:

**Art. 106.** A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do caput deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.

**Art. 107.** Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

Portanto, tanto sob a égide da Lei nº 8.666/93, por interpretação, quanto sob a égide da Lei nº 14.133/93, por literalidade, admite-se a prorrogação de contratos de fornecimento contínuo.



# Artigo #03





## **Acórdão nº 1374/19 - Tribunal Pleno – TCE/PR Qual a modalidade licitatória a ser utilizada em compra de imóvel com recursos de fundo de Câmara Municipal?**

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná, se manifestou por meio do Acórdão nº 440/20, sobre dúvidas de seus municípios subordinados, a respeito da modalidade licitatória que deve ser utilizada para aquisição de imóvel utilizando-se de verba existente em Fundo próprio. Além disso, a dúvida girava em torno de quais os documentos obrigatórios que deverão ser exigidos do proprietário do imóvel. Por fim, questionou –se como proceder caso o chefe do Poder Executivo Municipal se recusasse a proceder o o registro em cartório do bem adquirido.

Sobre isso, o Tribunal entendeu pela ser possível a aquisição de bem imóvel pela Câmara Municipal mediante licitação na modalidade concorrência ou por dispensa (art. 24, X, da Lei nº 8.666/93), bem como que para a aquisição do imóvel, que obrigatoriamente deverá ser concretizada por escritura pública caso o bem tenha valor superior a trinta salários mínimos (art. 108 do Código Civil), deverão ser exigidas, ao menos, certidão negativa de débitos incidentes sobre o imóvel, certidão negativa de ônus e ações reais e reipersecutórias e autorização conjugal, se for o caso (art. 1.647, I, do Código Civil). Caso sejam exigidos outros documentos visando assegurar a higidez do negócio, como declaração da defesa civil e declaração do órgão ambiental, a exigência deverá ser motivada e constar do edital licitatório ou do procedimento de dispensa. E, ainda, em caso de recusa do Prefeito Municipal em assinar a escritura pública de compra e venda, deverá ser ajuizada, pela Câmara Municipal, ação ordinária de obrigação de fazer visando à outorga da escritura, em que poderá ser pleiteado, inclusive, o suprimento judicial da vontade do Chefe do Poder Executivo, caso seja mantida a recusa, sem prejuízo de eventual acionamento de outras ferramentas processuais de caráter repressor e indenizatório.

Vejamos o que correu o Tribunal a esse respeito:

“Tanto o primeiro quanto o terceiro questionamentos formulados já foram objeto de pronunciamento por este Tribunal em recente decisão em sede da Consulta contida nos autos nº 453657/14, decidia no Acórdão nº 206/17, não cabendo novo pronunciamento plenário, mas apenas ciência ao interessado, consoante § 4º do art. 313 do Regimento Interno.

A consulta contida no processo nº 453657/14, movida pela Câmara Municipal de Paranaity, apresentou a esta Corte os seguintes questionamentos:

“1) Pretendendo a Câmara Municipal adquirir terreno para a construção da futura sede, considerando sua ausência de personalidade jurídica, deve realizar processo licitatório para a futura aquisição ou obrigatoriamente o Executivo Municipal deve fazê-lo?

2) Qual a modalidade licitatória a ser selecionada?

3) A aquisição pode se dar mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, na forma prevista nos arts. 24 e 25, da Lei Federal n.º 8.666/93?

4) Havendo prévia manifestação de discordância pelo Poder Executivo Municipal quanto à titularidade do imóvel, qual o meio coercitivo para impeli-lo a proceder o registro em cartório do bem em questão?

5) Em caso de recusa, a referida titularidade pode ser suprimida de algum modo?



O Acórdão nº 206/17 – STP assim as respondeu:

“1) Não há vedação para que a Câmara Municipal realize o procedimento licitatório visando à aquisição do imóvel para sede do Poder Legislativo desde que observados os seguintes requisitos: a) previsão da despesa no Plano Plurianual e na Lei de Diretrizes Orçamentárias. b) previsão da dotação orçamentária na Lei Orçamentária Anual do Poder Legislativo. c) edição de lei específica autorizando sua aquisição. d) formalização da aquisição por meio de escritura pública, com a observância dos requisitos da Lei Civil (preço, consentimento e forma) e do regime jurídico-administrativo (processo administrativo, prévia avaliação, lei específica, demonstração do interesse público e devido procedimento licitatório ou sua dispensa: art. 24, X, Lei nº 8/666/93) e posterior transcrição no Cartório de Registro de Imóveis, nos termos previstos no art. 531, do Código Civil. e) que a despesa com a aquisição do imóvel componha o limite das despesas totais do Poder Legislativo Municipal, nos termos previstos no art. 29-A, da Constituição Federal.

2) Se houver viabilidade de competição, a modalidade de licitação a ser adotada é a concorrência, conforme previsão do § 3º do artigo 23, da Lei nº 8.666/93. Na hipótese de dispensa de licitação fundado no art. 24, X, da Lei nº 8.666/93, devem ser demonstrados os seguintes pressupostos: a) o imóvel deve ser destinado ao exercício das finalidades precípuas da Administração. b) o imóvel deve ser o único a atender às necessidades administrativas consistentes nas características e localização do imóvel. c) o valor proposto deve ser compatível com o praticado no mercado, comprovado mediante prévia avaliação.

3) Cabe ao Poder Executivo celebrar o contrato de compra do imóvel, mediante escritura pública. O imóvel deve ser registrado em nome do Município, sendo recomendável a anotação no próprio instrumento jurídico (escritura pública) de sua destinação à Câmara Municipal, protegendo o Legislativo de interferências.

4) Caso o Executivo se recuse a firmar a escritura pública, cabe à Câmara Municipal ingressar com ação judicial visando a suprir tal omissão.”

Havendo sido tratadas as matérias do primeiro e do terceiro questionamento nos termos do Acórdão nº 206/17 – STP, cabe apenas ciência ao consultante, sem nova resposta por parte deste Tribunal.

Quanto ao segundo questionamento, acerca do qual não foi indicada prévia manifestação por esta Corte de Contas, tratando dos documentos obrigatórios que deverão ser exigidos do proprietário do imóvel a ser adquirido, entendo pertinente

e necessária a elucidação do tema, consoante detalhadamente arrazoadado pela unidade técnica e pelo órgão ministerial.

A Coordenadoria de Gestão Municipal, sobre o tema, destacou a necessidade de “ser verificada a regularidade fiscal do imóvel através da certidão negativa de débitos municipais e certidão negativa de ônus e ações reais e reipersecutórias”. Acrescentou ainda a necessidade de “Declaração da Defesa Civil acerca da inexistência de riscos





no imóvel e declaração do órgão ambiental competente para que seja comprovado que a área não corresponde à reserva legal ou que possua algum impedimento para edificação” (Peça 09, p. 04).

Repisou, porém, a necessidade de que estejam previstos no edital da licitação todos os documentos necessários para a certificação de toda a documentação necessária ao proprietário, além dos documentos previstos na Lei dos Registros Públicos.

O órgão ministerial também detalhou a questão formulada. Corroborando parcialmente com a manifestação da unidade técnica, esclareceu que a escritura pública somente se faz necessária para imóveis cujo valor seja superior a 30 salários mínimos. A despeito disso, recomendou que mesmo que o valor do imóvel seja inferior a esse limite a transação seja formalizada por escritura pública, em razão da segurança jurídica, autenticidade e publicidade asseguradas pelo serviço notarial.

Quanto a documentação a ser apresentada para a lavratura de escritura pública, além daqueles de identificação das partes, destacou serem aqueles fixados de forma exaustiva no § 2º do art. 1º da Lei nº 7.433/1985, a saber: documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões

fiscais e as certidões de propriedade e de ônus reais, consoante regulamentado pelo Decreto nº 93.240/19864.

Por outro lado, quanto à declaração da defesa civil e do órgão ambiental, não sendo documentos cuja exigência esteja prevista em lei, esclareceu que somente poderão ser requeridos mediante motivação e mediante expressa previsão no edital de licitação ou no procedimento de dispensa.

Tendo em vista a previsão contida no art. 1.647, I, do Código Civil, destacou ainda que, em sendo o vendedor casado sob regime diverso do da separação total de bens, faz-se necessária a autorização conjugal para a formalização da compra do terreno.

Por fim, considerando que o adquirente do imóvel é o próprio município, sujeito ativo do Imposto sobre Transmissão de Bens Inter Vivos, arguiu o Parquet que a exigência do comprovante do pagamento desse imposto seria inaplicável.

Em que pese corrobore todas as demais assertivas ministeriais acerca dos documentos exigíveis para a formalização de negócio de compra e venda de imóvel pelo município, e ainda que não conste o apontamento acerca da exigência do comprovante de recolhimento do ITBI da súmula proposta para emissão de resposta, deve ser afastada a conclusão ministerial acerca da inaplicabilidade de exigência deste documento.

Isso porque, sendo o Imposto sobre transmissão inter vivos de competência municipal, a exigibilidade de tal documento não pode ser afastada a priori, devendo ser aferida caso a caso tendo em vista a legislação local na qual se verificará qual o sujeito passivo da obrigação.

Observo, nesse sentido, que o sujeito passivo desse imposto, ou seja, aquele que tem o dever de pagar o ITBI, tanto pode ser o comprador do imóvel, como o seu vendedor, podendo ainda haver a previsão de responsabilidade subsidiária na obrigação, depender



da regulamentação estabelecida por lei municipal.

Portanto, a aplicabilidade ou não da exigência do comprovante do pagamento do ITBI deverá ser aferida caso a caso, de acordo com a regulamentação legal municipal desse imposto, devendo necessariamente ser levada em consideração, pelo licitante, a incidência ou não do tributo em cada caso para fins de aferição do impacto que possa decorrer desse fato na fixação do valor do imóvel a ser adquirido.

Não é demais repisar que também essa exigência deverá constar expressamente do edital de licitação ou do procedimento de dispensa realizado para a aquisição do imóvel.

Assim, corroborando as manifestações técnica e ministerial, acolho a proposição ministerial de resposta para o item 2 da Consulta, nos seguintes termos:

“2) Para a aquisição do imóvel, que obrigatoriamente deverá ser concretizada por escritura pública caso o bem tenha valor superior a trinta salários mínimos (art. 108 do Código Civil), deverão ser exigidas, ao menos, certidão negativa de débitos incidentes sobre o imóvel, certidão negativa de ônus e ações reais e reipersecutórias e autorização conjugal, se for o caso (art. 1.647, I, do Código Civil). Caso sejam exigidos outros documentos visando assegurar a higidez do negócio, como declaração da defesa civil e declaração do órgão ambiental, a exigência deverá ser motivada e constar do edital licitatório ou do procedimento de dispensa.”

A decisão, embora bastante recente, foi proferida antes da publicação da Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 e consideramos bastante válido comentar que a Nova Lei trouxe um novo regramento a respeito de aquisição de imóveis.

A Lei nº 14.133/21 definiu expressamente que a aquisição de imóveis por parte da Administração Pública deverá acontecer por meio do processo de inexigibilidade de licitação. Vejamos:

**Art. 74.** É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

**V** - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

Por definição, a inexigibilidade de licitação abarca hipóteses em que a licitação é inviável, impossível. Deste modo, em sendo hipótese expressa de inexigibilidade de licitação, a aquisição de imóveis deve acontecer através desse meio, não cabendo, sob a égide da Lei nº 14.133/20 a realização opcional de licitação, como permite a Lei nº 8.666/93.

A Nova Lei de Licitações condiciona a inexigibilidade ao fato de que as características de instalações e de localização tornem necessária a escolha do imóvel. Todavia, pela natureza desse tipo de aquisição, parece que essa condicionante estará sempre presente, pois, afinal, quaisquer aquisições de imóveis, públicos ou particulares, precisam considerar as características e a localização como questões definitivas para a escolha. Desta forma, parece bastante improvável que a inexigibilidade possa ser afastada, pelo fato da Administração não conseguir



demonstrar que a escolha do imóvel se deu em função de suas características e localização. Mas, de toda forma, não estando presentes essas condicionantes, isto é, havendo viabilidade de competição, seria o caso de considerar a aquisição via licitação também quando a compra acontecer pelo rito da Lei nº 14.133/21. Porém, como dito, parece que essa é uma hipótese quase remota.





# Artigo #04



## **Acórdão nº TC-211/2018 – Segunda Câmara – TCE/ES – Os Tribunais de Contas Estaduais tem legitimidades para fiscalizar e deliberar sobre atos e manifestações jurídicas de advogados inscritos na OAB?**

O Tribunal de Contas do Espírito Santo foi instado a se manifestar sobre sua legitimidade para fiscalizar e deliberar sobre atos e manifestações jurídicas praticadas por servidores públicos, detentores de cargo que tenham como requisito para preenchimento a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

No caso concreto discutido foi arguido pelo Município a ilegitimidade do TCE/ES fiscalizar atos dos advogados municipais, sob o seguinte argumento: (i) A Lei Orgânica da Corte de Contas Estadual, em seu artigo 5º, inciso XVII, parágrafo único, excetua as manifestações dos advogados públicos submetidos ao estatuto da OAB; (ii) independência funcional; (iii) Competência de fiscalização pela OAB; (iv) Direito à tratamento condigno com base no código de ética e disciplina da OAB; (v) imunidade do advogado; (vi) Direito de reclamação verbal ou escrita da imunidade do advogado; (vii) Advogado Público – emissão de parecer – Limites de Responsabilidades.

A manifestação da Corte de Contas foi no sentido de que ela tem, sim, competência para fiscalizar e deliberar sobre atos e manifestações jurídicas praticadas por advogados municipais, pois enquanto servidores públicos municipais são sujeitos a deveres e direitos inerentes ao exercício de cargo público e responsáveis pelos atos administrativos do qual participem.

Alegou o Tribunal:

“(...) a conduta omissa daqueles que tinham atribuições legais e institucionais de controle de legalidade, e mesmo assim deixaram de praticar atos [de controle] quando havia um dever jurídico de fazê-lo, não podem ser escanteadas sob o signo do odioso instituto da imunidade.

Controle, não na visão do controle interno institucionalizado, mas daquele decorrente do encadeamento lógico do processo de decisão, onde cada etapa redundava na parcela de responsabilidade sobre o resultado, como se verá adiante, quando da análise dos tópicos tidos como irregulares.

A promulgação da CRFB/1988 encerrou o longo período do ciclo autoritário iniciado em 1964 e representa a restauração integral de mecanismos de garantia de direitos individuais e coletivos que foram paulatinamente afrontados durante aquele período. Indo além, o constituinte originário estendeu-os a limiares nunca alcançados na história política, administrativa e social do Estado Brasileiro.

Nesse modelo, a figura do advogado surge como elemento essencial à garantia do estado de direito, seja no aspecto da pessoa individualizada, seja no aspecto difuso ou mesmo na garantia institucional do modelo estrutural do Estado desenhado pela Constituição.

Na Constituição são encontrados mecanismos que asseguram ao preso assistência de advogado (art. 5º, LXIII), a participação de representante da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB em todas as fases de concurso para ingresso nas carreiras da magistratura, do Ministério Público e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (art. 93,I,



129, §3º, art. 132), a reserva de vagas em tribunais judiciais àqueles profissionais (art. 94, 104, 107, 111A, 115, 119,II, 120,III, 123,I), a capacidade da OAB de propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade (art. 103,VII), e a participação de representante da OAB na composição do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 103 B, XII e § 6º, 130A, V, e § 4º).

Para completar, as regras e o funcionamento da corporação dos advogados são objeto de estatuto próprio, concretizada na Lei nº 8.906/94, com normas específicas que regulam a atividade jurídica desempenhada pelos associados e do qual destaco os seguintes dispositivos: que regulam a atividade jurídica desempenhada pelos associados e do qual destaco os seguintes dispositivos:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

.....

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

.....

Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

Toda essa exposição permite reconhecer o exercício da advocacia como um dos pilares de sustentação do Estado de Direito. No entanto, **o protagonismo conferido ao advogado no sistema institucional do Estado Brasileiro não lhe confere imunidade absoluta por atos praticados no exercício profissional**. Antes ao contrário, a prática dolosa ou culposa acarreta sua responsabilização perante o sistema judicial e/ou administrativo sujeitando-o a medidas punitivas e corretivas, conforme destaca o referido Estatuto da Advocacia: [sem grifo no original]

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com





dolo ou culpa.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

---

#### Art. 34. Constitui infração disciplinar:

VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;

Da mesma forma, a disposição de inibir más práticas no exercício da advocacia é encontrada no Título VI, do novo Código de Processo Civil, quando este, ao tratar da Advocacia Pública atribui-lhe, no art. 182, "... a incumbência de defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta", mas também determina, no art. 184, que o "... membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções".

Se neste contexto é inegável a possibilidade de responsabilização do advogado, esta não se dá por mera presunção, expressamente inadmitida no parágrafo único do art. 5º da Lei Complementar nº 621/2012, mas decorre da existência de elementos que cumulativamente lhe possam caracterizar, como: ação comissiva ou omissiva; existência de dano ou infração à norma legal; relação de causa efeito ou entre conduta e resultado e existência de dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.

Esse pensamento se coaduna com as abalizadas palavras escritas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, advogada e professora titular aposentada de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico (2015) 4 em texto citado pelo justificante às fls. 178, do qual destaco:

É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo. Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos tribunais de contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Estatuto da OAB. Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida lícitamente por qualquer advogado, seja público ou privado. Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. De outro modo, faltarão aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da



Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. De outro modo, faltará aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

O fato é que, se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem fontes do direito), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão.

Não me parece que o caráter vinculante ou facultativo do parecer, na classificação do ministro Joaquim Barbosa, seja relevante para fins de responsabilização do advogado público. O que é relevante é a verificação do elemento subjetivo com que atuou. Se agiu de má-fé, se praticou erro grosseiro, se atuou com dolo, cabe a sua responsabilização.

A autora destaca a relevância da culpa, do erro grosseiro e do nexo causal como elementos suficientes para responsabilizar o advogado, julgando irrelevante a adequação à classificação quanto à natureza do parecer em opinativa, obrigatória e vinculativa, na classificação esposada no decantado voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa no MS 24.631.

No entanto, a leitura daquele voto permite compreender que, à parte a classificação adotada e da particularidade do caso concreto, o Ministro ressalva também a possibilidade de responsabilização do advogado público em pareceres de natureza apenas opinativa quando haja culpa ou erro grosseiro, em simetria com a tese defendida pela Prof<sup>a</sup> Maria Sylvia como se infere da parte final da ementa a seguir transcrita:

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.**  
I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA,



Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250) seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

Admitida essa maneira de pensar, é possível assentir que a despeito da formulação da classificação empregada ao parecer, seja opinativa, facultativa, vinculativa ou obrigatória, em se achando indícios de irregularidade com provas da materialidade, da culpa ou dolo ou erro grosseiro e da causalidade, naturalmente o responsável será citado para oferecer suas justificativas ou alegações de defesa na forma prevista em Lei, porque a atividade do controle externo contempla a verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos da administração direta e indireta.

Se insuficientes os argumentos acima expendidos, decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do MS 24584/DF, fere de forma inapelável a pretensão suscitada pelo justificante quanto à falta de legitimidade dos Tribunais de Contas para fiscalizar manifestações jurídicas praticadas por advogado público em processos de licitação, exigência prevista no art. 38 da Lei nº 8.666/93:

ADVOGADO PÚBLICO - RESPONSABILIDADE - ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos. (MS 24584, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-02 PP-00362)

E retornando à doutrina, Marçal Justen Filho, ao tratar do art. 38 da Lei nº 8666/93, na obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª ed., p. 695 reflete sobre o tema nestas abalizadas palavras:

“... Primeiramente, cabe destacar que o sujeito assume responsabilidade pela emissão de um parecer (de cunho jurídico ou não jurídico). Justamente por isso, poderão ser exigidos esclarecimentos do sujeito e poderá vir ele a ser responsabilizado pelas manifestações expostas na peça. Por isso, não caberá ao emitente de um parecer opor-se à convocação para participar de processo administrativo, inclusive perante o Tribunal de Contas”.

Assim, no entendimento do TCE/ES, as Cortes de Contas têm competência para fiscalizar condutas de advogados e procuradores municipais, especialmente porque a conduta omissa daqueles que tinham atribuições legais e institucionais de controle de legalidade, e mesmo assim deixaram de praticar atos [de controle] quando havia um dever jurídico de fazê-lo, não podem ser escanteadas sob o signo do odioso instituto da imunidade.





# Artigo #05



## **Acórdão nº TC-211/2018 – Segunda Câmara – TCE/ES – Em dispensa de licitação emergencial, é necessário justificar a escolha do contratado? Quais são as justificativas aceitáveis?**

O Tribunal de Contas do Espírito Santo foi instado a se manifestar sobre a legalidade da escolha do contratado, em sede de dispensa de licitação emergencial, uma vez que não constava uma razão explícita a respeito dessa escolha.

Verificou-se, no caso concreto, que uma empresa procurou a Prefeitura Municipal e apresentou seus serviços e isso bastou para que tenha sido contratada, sendo o valor contratado fixado por planilha de custos elaborada pelo órgão, ou seja, sem a realização de pesquisa de preços com mais de uma empresa do ramo.

Vejamos a análise da Corte de Contas a respeito dessa situação:

“Inicialmente cabe lembrar, como já exposto no tópico anterior, que o comportamento por parte do gestor público deve sempre se respaldar nos exatos limites da lei (in casu, os arts. 24, inciso IV e 26 da Lei Federal nº 8.666/1993).

Ora, todos nós sabemos que o traço comum nas hipóteses de dispensa de licitação, todas elas relacionadas no artigo 24 da Lei Federal nº 8.666/1993, prende-se ao fato de que a competição, em tese, torna-se possível, sendo, como consequência, também possível a abertura do procedimento licitatório.

Em outras palavras quando falamos em dispensa de licitação, fica a critério do gestor público a discricionariedade pela abertura ou não da licitação, eis que a viabilidade de contratação direta também torna-se uma alternativa, desde que o caso concreto esteja inserido em um dos casos abstrativamente previstos no artigo 24 da referida lei.

Contudo, seja qual for a intenção do administrador público em relação ao contrato que pretende pactuar, este não pode se esquecer de que a própria lei de licitações estabeleceu limites à sua atuação, senão vejamos:

Art. 26.(...)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

Sobre assunto, a área técnica trouxe à colação posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n.º 955/2011 – Plenário:

“9.1. conhecer da presente Representação por preencher os requisitos previstos nos arts. 235, caput, 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente; [...] 9.3. alertar a Eletrobras – Distribuição PiauÍ de que, quando da realização de dispensa de licitação nos termos do art. 24, inciso IV, da Lei nº 8666/1993, é indispensável a consulta ao maior número



possível de fornecedores ou executantes para o integral atendimento dos incisos II e III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/93, a fim de que efetivamente possa ser selecionada a proposta mais vantajosa para a Administração;(g.n.)

[VOTO]

29. Entre as informações trazidas pelo dirigente da Eletrobras – Distribuição Piauí, está a listagem dos contratos firmados por dispensa de licitação para suprir os serviços objeto da Concorrência 031/2008, no início relativamente aos dois lotes e mais tarde somente ao Lote 2. Nesse período de mais de dois anos, compreendido entre 24/9/2008 e 23/3/2011, foram celebrados oito contratos emergenciais, sendo três com o escritório [omissis 1] e cinco com o escritório [omissis 2].

30. No tocante às duas primeiras dispensas, segundo o representante da antiga Cepisa, que foram mantidos os valores obtidos na Concorrência 162/2002, com aplicação do índice de reajuste, e contratados os escritórios vencedores daquela licitação. As demais obedeceram a regra descrita no item 26 deste Voto.

31. Verifico que o processo de dispensa de licitação não está totalmente aderente à Lei das Licitações, visto que os demais participantes da Concorrência 031/2008 não foram consultados. É verdade que o alerta exarado no Acórdão 2.019/2010 – Plenário somente alcança o último contrato emergencial em comento, mas a desobediência aos ditames da Lei de Licitações sugere, in casu, o favorecimento das duas empresas contratadas emergencialmente para execução do objeto da Concorrência 031/2008.”

Dessa forma, sem dúvida alguma, deve o Poder Público, mesmo nos processos de contratação direta por dispensa emergencial, promover consulta junto ao maior número possível de fornecedores para justificar adequadamente a escolha do potencial contratante do serviço e preço; conforme avaliou área técnica, “ainda mais no caso presente, que por serem serviços de baixa complexidade, poderiam ser realizados por uma gama de executantes do próprio município.”

Inobstante a isso, vê-se que no caso em tela, o Presidente da CPL, Gleidson Demuner Patuzzo, deu continuidade ao respectivo procedimento de contratação sem a devida observância aos preceitos normativos, em especial ao art. 51 da lei 8.666/1993, onde está previsto que “a habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.”

Em outras palavras, podemos concluir, com meridiana clareza, que não existe interesse público ou situação emergencial que se legitimem sem que apresentem apoio em lei.

Deste modo, é requisito imprescindível de instrução de processos de dispensa de licitação, a indicação da razão da escolha do contratado. Essa motivação pode considerar várias questões relevantes envolvidas no caso, como preço, prazo de entrega ou atendimento, disponibilidade de atendimento imediato, diferencial técnico, disponibilidade imediata de equipe, entre tantos outros fatores, conjugados ou não, que poderão levar à Administração a concluir que aquele fornecedor é o melhor para a tender àquela determinada situação.





A decisão, embora bastante recente, foi proferida antes da publicação da Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 e consideramos bastante válido comentar que a Nova Lei manteve a necessidade de motivar a escolha do fornecedor, em quaisquer hipóteses de contratação direta, conforme exposto no seu art. 72, inciso VI.



# Artigo #06



## **Acórdão nº TC-211/2018 – Segunda Câmara – TCE/ES – A fiscalização de contratos é indispensável!**

O Tribunal de Contas do Espírito Santo foi instado a se manifestar sobre a ausência de fiscalização contratual e constatou que o gestor público municipal não agiu com zelo em relação ao preceituado na norma legal, no que toca ao dever de acompanhamento contratual, ressaltando o quanto isso fere o interesse público.

Vejamos a análise da Corte de Contas a respeito dessa situação:

“O assunto aqui tratado, uma vez mais, refere-se a um importante limite para a atuação da administração pública; qual seja o princípio da legalidade, que possui índole constitucional (artigo 37, caput, da CRFB/1988). Neste sentido, não podemos perder de vista que os interesses envolvendo a atuação da administração pública são diametralmente opostos àqueles que norteiam as atividades desenvolvidas pelos particulares.

Com efeito, a matéria relativa à execução dos contratos administrativos está disciplinada na Lei Federal nº 8.666/1993, a partir do seu artigo 66, onde está definido que “o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.”

Essa determinação estabelecida pelo legislador acaba assumindo extrema importância devido aos interesses que representa, vale dizer, os da coletividade.

E não é por outra razão que a referida lei federal assinala a necessidade da execução dos contratos administrativos vir acompanhada e fiscalizada por um representante do Poder Público, o qual anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados (art. 67, § 1º). for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados (art. 67, § 1º).

Em outro dizer, o gestor público possui o dever de acompanhar e fiscalizar a perfeita execução do contrato, em estrita observância ao princípio da legalidade para preservar os interesses da coletividade.

Nesse sentido, nos reportamos à Instrução Técnica Conclusiva ITC nº 547/2017-6, fls.1858/1951, donde extraímos os seguintes excertos:

Apesar das alegações em defesa de que existiu uma fiscalização conjunta dos serviços executados, na documentação apresentada em defesa pelo Sr. Silas Amaral Maza, às fls. 1635/1707, e do Sr. Marcos Fernando Moraes, às fls. 1585/1590, não foram inseridos novos elementos que indiquem a realização de controle dos serviços por parte da Administração.

É possível constatar, às fls. 1102/1107, quando da análise do processo de pagamento da medição contratual, no valor de R\$ 25.696,10; a partir da numeração do próprio órgão, que, inicialmente a empresa requereu a medição com a apresentação da planilha de orçamento originalmente contratada (fls. 1104/1105 ou 02/03 do processo de pagamento), sendo esta atestada diretamente pelo Secretário Municipal de Planejamento Econômico





e Infraestrutura urbana (fl. 1103 ou 04 do processo de pagamento), sem a utilização de nenhum documento de verificação das quantidades efetivamente executadas, tais como planilha de medição com memória de cálculo, fotos, dentre outros. Também, não foram encontradas nesta fase de liquidação o atesto de outros agentes técnicos para desempenhar esta função.

Pesa ainda contra os gestores responsáveis questão suscitada nestes autos em relação ao pagamento do valor aditado, de R\$ 8.408,55 (fls. 1109/1141). Sobre essa despesa, a área técnica verificou que não consta sequer o atesto da realização dos serviços por parte do Secretário Municipal de Planejamento Econômico e Infraestrutura urbana (fl. 1138) ou por qualquer outro servidor com qualificações técnicas para desempenhar tal tarefa.

Essa constatação da equipe técnica está arrimada nos seguintes Acórdãos do TCU:

“A fiscalização tempestiva pode evitar também o superfaturamento e obras em desacordo com as especificações, além de permitir que sejam feitas correções” (Acórdão 1.232/2012, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz)

“O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subseqüentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas. Não há nenhuma inovação na exigência do acompanhamento da execução contratual. Inicialmente previsto no art. 57 do Decreto-lei 2.300/1986, revogado pela Lei 8.666/1993, que manteve a exigência em seu art. 67, esse registro é condição essencial à liquidação da despesa, para verificação do direito do credor, conforme dispõe o art. 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964. A falta desse registro, desse acompanhamento pari passu, propicia efetivamente possibilidade de lesão ao erário.” (Acórdão 226/2009, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

Vale ressaltar que a matéria aqui analisada já se encontra sumulada por este Tribunal, eis que o Plenário, à unanimidade, decidiu pela aprovação de súmula com o seguinte enunciado (Informativo de Jurisprudência nº 64):

- “A designação do agente responsável pela fiscalização da execução contratual deve ser realizada de maneira formal, através de ato próprio ou por termo nos autos do processo inerente à contratação”. (Súmula nº 001, aprovada nos termos do Acórdão TC-807/2017- Plenário, TC 5300/2016, relator Conselheiro Sebastião Carlos Ranna de Macedo, publicações em 31/08/2017 e 21/08/2017, respectivamente).

Como se verifica da análise técnica, o gestor público municipal não agiu com zelo em relação ao preceituado na norma legal e por este Tribunal.

Por fim, com lastro na análise técnica exarada pela equipe de engenharia desta Corte, a Instrução Técnica Conclusiva ITC nº 547/2017-6 aponta que “... não é possível afirmar, a partir da análise aos autos, se os serviços foram realizados de fato, visto que os serviços contratados de duração permanente, isto é, os materiais/equipamentos instalados ou as construções com vida útil superior ao tempo decorrido entre a realização da obra e da auditoria pelo TCE-ES não foram detectados pela equipe técnica deste Tribunal em



inspeção “in loco”, a exemplo da bancada e tanque em granito, já que o único tanque existente no local era de material sintético, bem inferior ao contratado.”

Em suma, verificou a equipe de auditores desta Corte que a ausência de uma fiscalização ativa pela municipalidade contribuiu diretamente para os problemas verificados na liquidação da despesa, visto que faltaram registros e documentos juridicamente obrigatórios para o controle da execução. Em suma, verificou a equipe de auditores desta Corte que a ausência de uma fiscalização ativa pela municipalidade contribuiu diretamente para os problemas verificados na liquidação da despesa, visto que faltaram registros e documentos juridicamente obrigatórios para o controle da execução.”

Veja-se que, apesar de ser um assunto extremamente difundido e que eventualmente, falar disso, possa parecer “chover no molhado” o fato é que decisões atuais tem reforçado a necessidade de uma adequada fiscalização contratual e gestores ainda vem sendo penalizados pela falta dela. É, portanto, um assunto atual.

Essas recomendações são extremamente válidas para a aplicação da Lei nº 14.133/93, uma vez que tal legislação não apenas manteve a recomendação sobre a fiscalização contratual, como a disciplinou de maneira muito mais robusta, o que se verifica ao ver a recomendação citada em vários de seus dispositivos, inclusive tratando de recomendar a capacitação dos fiscais.

Não é demais lembrar que a fiscalização do contrato é uma prerrogativa da Administração, apresenta-se dentre as chamadas cláusulas exorbitantes, o que confere à fiscalização um status de poder-dever.



# Artigo #07





## **Acórdão nº TC-0102/2018 – Primeira Câmara – TCE/ES – O que considerar na avaliação de imóveis, para fins de locação?**

O Tribunal de Contas do Espírito Santo foi instado a se manifestar sobre a eventuais falhas na avaliação de imóvel previamente à sua locação e, nesta oportunidade, acabou expondo os critérios que considera oportunos para fins de se realizar uma boa avaliação imobiliária, apta a embasar a locação de um imóvel para abrigar a estrutura administrativa.

Vejamos a análise da Corte de Contas a respeito dessa situação:

“A equipe de auditoria identificou que o laudo de avaliação do imóvel, alugado para armazenamento e preservação do acervo judicial do Fórum da Comarca de Linhares, teria sido elaborado por um oficial de justiça e, posteriormente, por uma arquiteta e um engenheiro civil, contudo, ambos foram considerados superficiais, por não evidenciaram elementos tidos pelo nosso corpo técnico como obrigatórios, como: identificação do imóvel, histórico, análise da edificação, descrição, critério de avaliação (método), grau de fundamentação, dentre outros, em desconformidade com as normas da ABNT 14653. A equipe de auditoria identificou que o laudo de avaliação do imóvel, alugado para armazenamento e preservação do acervo judicial do Fórum da Comarca de Linhares, teria sido elaborado por um oficial de justiça e, posteriormente, por uma arquiteta e um engenheiro civil, contudo, ambos foram considerados superficiais, por não evidenciaram elementos tidos pelo nosso corpo técnico como obrigatórios, como: identificação do imóvel, histórico, análise da edificação, descrição, critério de avaliação (método), grau de fundamentação, dentre outros, em desconformidade com as normas da ABNT 14653.

Os gestores alegam que ao oficial de justiça incumbe realizar, pessoalmente, as citações, intimações, penhoras, arrestos, sequestros e demais diligências ordenadas pelo juiz, bem como de realizar avaliações, conforme o artigo 680, da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Também ressaltam que não há legislação vigente que vede à atuação de oficial de justiça, posto que a Lei 8.666/1993, art. 24, X, apenas estabelece a avaliação prévia sem especificar, contudo, os requisitos.

No que diz respeito ao engenheiro e a arquiteta, ambos alegam que não tiveram acesso ao caderno procedimental e ao processo, após autuação.

Por fim, informaram que a unidade de controle interno do TJES foi oficiada, com o intuito de elaborar, junto ao setor competente, norma de procedimento específica para avaliação de imóveis para fins de locação, concessão de uso, etc.

Neste contexto, a subscritora da peça conclusiva afirmou que as avaliações de competência do oficial de justiça são as de perícias em atos judiciais, e nesse sentido, não caberia no caso concreto reconhecer como legal a avaliação por oficial de justiça. Afirmou-se, ainda, que mesmo se fosse possível, ele deveria seguir as exigências normativas descritas na ABNT 14653.

Em relação ao documento assinado por uma arquiteta e por um engenheiro civil, afirmam que ele foi elaborado com mais informações, contudo, também não seguiu os preceitos da NBR 14653.



Neste ínterim, foi ressaltado que o proprietário das duas salas comerciais era o mesmo do galpão onde se localizava o arquivo, e que ele teria proposto a manutenção do valor do aluguel.

Pois bem.

Em que pese estas informações, compulsando os autos, verifico que as avaliações em questão são prévias à abertura do processo administrativo de locação, já que a juíza, diretora do Fórum de Linhares, em 28/7/2011, por intermédio do protocolo TJ 2011.00.855.023, solicitou de um engenheiro e de uma arquiteta a avaliação prévia do imóvel, no que concerne ao atendimento das normas de segurança, armazenamento e preservação do acervo judicial (fls. 1903). 2011.00.855.023, solicitou de um engenheiro e de uma arquiteta a avaliação prévia do imóvel, no que concerne ao atendimento das normas de segurança, armazenamento e preservação do acervo judicial (fls. 1903).

Entretanto, somente posteriormente ao encaminhamento destas informações à Diretoria Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça (fls. 1905/1906) é que veio o despacho da Diretora em exercício no TJ para a instauração do processo administrativo, devidamente autuado, protocolizado e numerado, para dar início à locação (fls. 1908/1909).

Deste modo, entendo que a avaliação legal e definitiva não teria sido iniciada naquele momento apresentado pela auditoria, considerando que houve despacho determinando a abertura de processo administrativo, e que este foi autuado em 25/10/2011, mantido o número de protocolo originário, 2011.00.855.023, conforme se depreende no documento encartado à fl. 1910.

Contudo, inobstante a possibilidade da existência de outro laudo no processo administrativo instaurado, verifico que os elementos obrigatórios, como: identificação do imóvel, histórico, análise da edificação, descrição, critério de avaliação (método), grau de fundamentação, dentre outros, como foram questionados pelo nosso corpo técnico, foram devidamente apresentados, tanto no laudo realizado pelo Oficial de Justiça (fls. 1912), quanto no laudo emitido pelos servidores técnicos da área de engenharia daquela Casa (fls. 1905/1906).

Há de se ressaltar que a Lei 8.666/93, como bem ponderou o Presidente do Tribunal de Justiça em sua defesa, ao tratar de locação de prédios públicos por dispensa, nos termos do art. 24, X, obriga somente a Avaliação prévia com a indicação de alguns elementos que comprovem que a escolha do imóvel se adequou às necessidades de instalação da entidade como:

- a) necessidade do imóvel para desempenho das atividades administrativas;
- b) adequação de um determinado imóvel que venha a satisfazer as necessidades estatais
- c) compatibilidade do preço do aluguel com os parâmetros de mercado (fl. 363, Doutrina de Marçal Justen Filho em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – 15ª Edição).

Ademais, não podemos olvidar que o Oficial de Justiça, de fato, tem competência para realizar avaliações judiciais, e nessas condições, entendo que poderia ser aproveitado no caso concreto, sobretudo, em razão da capacidade de atuar em casos mais complexos



e possuir fé pública, o que afasta a necessidade do órgão em contratar um terceiro para uma atividade menos complexa.

Por fim, assinalo que, inobstante o contrato de locação em comento tenha sido realizado no valor assinalado pelo Oficial de Justiça, engenheiro e arquiteta, que era o mesmo valor de locação praticado para a utilização do galpão em que se encontrava anteriormente o acervo judicial, no montante mensal de R\$3.600,00, tal fato, por si só, não comprova a inexistência de outro laudo técnico, quando da instauração do processo administrativo, e por outro lado, faz prova da ausência de dano ao erário, porque se mantém nos mesmos valores antes praticados. o mesmo valor de locação praticado para a utilização do galpão em que se encontrava anteriormente o acervo judicial, no montante mensal de R\$3.600,00, tal fato, por si só, não comprova a inexistência de outro laudo técnico, quando da instauração do processo administrativo, e por outro lado, faz prova da ausência de dano ao erário, porque se mantém nos mesmos valores antes praticados.

Nessa linha, constato que os laudos emitidos pelos servidores da Casa possuíam os elementos exigidos pela Lei, quais sejam, em condições físicas para melhor acondicionamento do acervo judicial, como foi avaliado pelos servidores da Casa (Oficial de Justiça, engenheiro e arquiteta) e com preço contratado compatível com o praticado no mercado naquela região, o que refuta a irregularidade imputada.

(...)

## 1. ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC 2355/2012, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária em:

(...)

1.3. Na forma do art. 87, VI, da LC n. 621/2012, expedir ao atual gestor do Fundo as seguintes determinações:

(...)

b. – Seja expedida recomendação ao atual gestor para que passe a observar, quando da realização de laudo de avaliação, as normas técnicas da ABNT NBR 14563-2 (item 2.3 da ITC);”

Essas recomendações são válidas para a aplicação da Lei nº 14.133/21, uma vez que apesar do inciso V, do Art. 74, da referida Lei não mais falar da necessidade de avaliação prévia do bem, o fato é que o art. 72, inciso VII, da mesma legislação, impõem, para quaisquer espécies de contratação direta, justificativa do preço. Portanto, será necessário demonstrar que o valor do aluguel a ser pago, em contratos onde a Administração é locatária, é razoável e condizente com a realidade de mercado, o que poderá ser feito mediante laudo de avaliação do bem.





# Artigo #08



## **Acórdão nº TC-0102/2018 – Primeira Câmara – TCE/ES – É possível a alteração do valor do aluguel acima do índice previsto no contrato?**

O Tribunal de Contas do Espírito Santo analisou contexto onde a Administração municipal reajustou o valor do aluguel pago por um imóvel acima do índice previsto no contrato e nesta ocasião considerou que, eventualmente, de acordo com as justificativas apresentadas, é admissível o reajuste do valor do aluguel em valores diferentes do índice pactuado.

Vejamos a análise da Corte de Contas a respeito dessa situação:

“Trata este tópico da contratação de locação para funcionamento da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, celebrado no dia 12/03/2003, no valor mensal de R\$3.000,00, pelo prazo de 48 meses, a partir da sua celebração, cujo índice para reajuste anual definido era o do IGPM/FGV.

O contrato de locação em questão teria sofrido várias prorrogações, razão pela qual foram realizados 07 (sete) termos aditivos, sendo que na análise do 3º Termo Aditivo, a Unidade Técnica constatou a realização de pagamento a maior, em desconformidade com as cláusulas contratuais, vez que reajustados com base no valor de mercado para locação do imóvel e não pela variação do IGPM/FGV, conforme definido contratualmente.

Nesse sentido, consideraram que as justificativas apresentadas pelos responsáveis não teriam vindo acompanhadas de documentos probatórios capazes de elidir a irregularidade, em especial, porque o aditivo contratual não se revestia como um novo contrato de aluguel, e nessas condições, entenderam os técnicos que restava caracterizada a irregularidade quanto à alteração do valor do contrato de locação fora dos termos contratados, no que concerne à aplicação do IGPM/FGV, razão pela qual propuseram a manutenção da irregularidade.

Desse modo, argumentou nosso corpo técnico que o valor do aluguel no exercício de 2011 deveria corresponder a R\$6.538,57 por mês, ao passo que o valor efetivamente pago teria sido de R\$11.500,00 por mês, o que resultaria, segundo eles, em um prejuízo mensal ao erário de R\$4.961,42, totalizando o valor de 21.145,46 VRTE, além da aplicação de multa pecuniária proporcional ao dano.

Ademais, considerando que a mesma irregularidade teria sido indicada pela Unidade Técnica durante o exercício de 2012, entenderam necessária a formação de autos apartados para citação dos responsáveis, em observância ao princípio do contraditório de ampla defesa, tendo em vista que a presente prestação de contas referia-se apenas ao exercício de 2011, não sendo possível a sua apuração nos presentes autos. Contas referia-se apenas ao exercício de 2011, não sendo possível a sua apuração nos presentes autos.

Pois bem.

Avaliando os termos da defesa da empresa de locação (fls. 1567/1580), verifiquei que, de fato, não foram considerados pelo nosso corpo técnico alguns aspectos relevantes que levaram a contratação de locação em questão perdurar por nove anos, com valores ao final praticados acima do índice da variação de IGPM/FGV, em desconformidade ao contrato original.



A defesa argumenta que o preço praticado era demasiadamente abaixo do valor de mercado desde a assinatura do contrato original e até então a empresa Dyonisio Abaurre pleiteava a renovação do valor, sendo que em 13.03.2007 teria apresentado laudo informando que o valor a ser praticado no aluguel deveria ser, no mínimo, de R\$12.983,95, o que não foi atendido à época, mantendo-se o preço de cinco mil reais.

Já em fevereiro de 2010, a empresa novamente pleiteou o reajuste de aluguel, propondo o valor de R\$14.147,07 por mês, o que também não foi atendido, mantendo-se o preço de cinco mil reais.

Assim, segundo a defesa, em janeiro de 2011, quando o contrato estava prestes a vencer, foi questionado pelo TJ/ES quanto ao interesse ou não de renovar o contrato e, considerando a abismal defasagem no valor do aluguel e as infrutíferas tentativas de equacionar este valor ao de mercado, somada à pretensão de dar nova destinação ao imóvel (instalação de uma academia de ginástica), a locadora respondeu que não tinha interesse em firmar mais um aditivo, solicitando a devolução do imóvel.

Há de se ressaltar que a Escola de Magistratura em questão seria abrigada na futura sede da Corregedoria, ainda em obra, e nessas circunstâncias é que a empresa de locação foi solicitada a prorrogar o contrato por mais alguns meses, em decorrência de que o TJ não possuía imóvel a abrigar a referida Escola e carecia de tempo para que a futura sede da Corregedoria ficasse pronta.

Atendendo aos apelos da Direção do TJ/ES, a empresa de locação aceitou a prorrogação até 31/07/2011, desde que o valor do aluguel fosse reajustado para valores mais próximos à realidade da região, e nessas condições, ainda com valores defasados, foi firmado o 3º Termo Aditivo, de 12/03 a 31/07/2011, no valor de R\$11.500,00 por mês.

Mais adiante, em razão da sede da Corregedoria não ter ficado pronta e por não ter como alocar a Escola de Magistratura, a direção do TJ/ES novamente solicitou prorrogação de prazo, sendo firmado o 4º Termo Aditivo, que vigorou no período de 01/08 a 31/10/2011. prorrogação de prazo, sendo firmado o 4º Termo Aditivo, que vigorou no período de 01/08 a 31/10/2011.

Deste modo, em decorrência da não conclusão da obra da Corregedoria, foram solicitadas pelo TJ/ES novas prorrogações de prazo, que ocorreram até fevereiro de 2012, através de aditivos contratuais, mantendo-se o valor de R\$11.500,00 por mês.

Neste ínterim, a empresa ora defendente argumenta que o valor de aluguel até então praticado não mais interessava ao proprietário, uma vez que se mantinha em valores ainda defasados e porque ao prever uma outra destinação para o imóvel locado, em um futuro próximo, adquiriu equipamentos para a montagem do novo empreendimento (fls. 1639/1640), cujo acondicionamento lhe trazia despesas, além do prejuízo eventualmente acarretado pelo atraso na inauguração deste novo empreendimento (academia).

E assim fora pactuado o 7º TA, pelo valor mensal de R\$15.000,00, seguido do 8º T.A e o derradeiro 9º T.A, firmado até 31/10/2012, por este mesmo valor, quando enfim o TJ/ES devolveu o imóvel locado à empresa locadora.

Como forma de comprovar que os valores praticados de março de 2011 (3º TA) a outubro de 2012 (9º TA), estavam dentro dos praticados no mercado, o defendente encarta





laudos de imóveis assemelhados, locados na mesma região (fls. 1641/1685), o que a meu ver faz prova do aludido.

Por outra vertente, o defendente informa que a administração não tinha levado em consideração elemento imprescindível para a definição do preço da locação, uma vez que não constava no contrato original a metragem do imóvel locado e que, portanto, tal omissão poderia ter acarretado a definição de preço subestimado.

Além disto, alega que o índice do IGPM previsto no contrato original era para ser obedecido na constância do prazo contratual, nas condições normais pactuadas inicialmente, o que não ocorreu no presente caso, pois o contrato tinha seu prazo expirado quando da alteração do valor em decorrência do preço de mercado.

Consta-se que somente por interesse da administração do TJ/ES é que se deram as prorrogações contratuais de locação ora analisadas, com vistas a manter naquele imóvel específico a Escola de Magistratura, até ulterior conclusão da obra do imóvel que iria abrigar a referida Escola, o que inicialmente poderia ser realizado através de novo contrato, com novos parâmetros de preço, inclusive, por dispensa licitatória (art. 24, X, da Lei 8.666/93).

Todavia, o elemento de indefinição na data de conclusão da obra, diante dos seguidos atrasos verificados, acarretou a decisão de prorrogar o contrato vigente, ao invés de realizar nova contratação, até mesmo em termos mais econômicos para o TJ/ES, porque estavam aquém dos realizados em imóveis semelhantes e na mesma região, conforme encartados pela defesa. TJ/ES, porque estavam aquém dos realizados em imóveis semelhantes e na mesma região, conforme encartados pela defesa.

Por derradeiro, não podemos olvidar que a eventual transferência de sede da Escola, em tão pouco tempo, acarretaria maiores transtornos e prejuízo ao TJ/ES, e assim sendo, a conduta dos que propuseram a prorrogação contratual foi devidamente justificada.

Neste contexto, resta demonstrado no caso concreto que aos gestores não lhes cabia conduta diversa, nos termos explicitados no Acórdão 312/2002 – do Plenário do TCU, in verbis:

“Considerando que o exame do ponto omissso no Acórdão impugnado deixou evidenciada a necessidade urgente de compor o quadro jurídico da Autarquia, ante o reduzido número de procuradores, aliado à impossibilidade de nomeação de novos servidores e ao elevado número de ações judiciais de interesse do DNER, justificando a contratação dos advogados colaboradores sem licitação e sem concurso público”

Sobre a inexigibilidade de procedimento diverso, este Tribunal de Contas já proferiu inúmeros julgados que atestam a exclusão da culpabilidade e de sanção aos agentes envolvidos (Acórdão TC 136/2013, TC 879/2016 – Plenário, TC 842/2017 – Plenário e TC's 939/2017, 664/2014, 790/2016 e 226/2017, ambos da 1ª CM).

Pelo exposto, em razão das circunstâncias fáticas que permeiam o caso concreto, ante as justificativas apresentadas pela defesa, entendo que a conclusão técnica não se sustenta, e com base na jurisprudência formada sobre a matéria por este Colegiado, formo o meu convencimento, de maneira a excluir a culpabilidade dos agentes envolvidos, tendo por consequência lógica, o afastamento do ressarcimento imputado e da sanção a lhes ser aplicada.”



# Artigo #09



## **Acórdão nº TC-0102/2018 – Primeira Câmara – TCE/ES – É vedada a execução de serviços previamente à formalização do contrato administrativo!**

O Tribunal de Contas do Espírito Santo analisou contexto onde a Administração municipal viabilizou a execução dos serviços antes da assinatura do contrato. Em justificativa, o Município alegou mera falha formal. Apesar de considerar uma irregularidade de ordem menor, não punível com multa, o fato é que o TCE considerou que não se trata de falha formal, mas sim de uma efetiva irregularidade e alertou que é vedada a execução de contrato sem que antes tenham sido cumpridas todas as formalidades legalmente exigíveis para a correta celebração do ajuste.

Vejamos a análise da Corte de Contas a respeito dessa situação:

“Trata-se de contratação de empresa para prestação de serviços de lavagem de automóveis, cuja irregularidade consiste na ausência de prévia assinatura do contrato.

Sobre a falha em comento a Unidade Técnica sugeriu o seu afastamento, pois mesmo que constatada a infringência legal entenderam que a irregularidade não deveria subsistir de forma a não imputar multa aos responsáveis, diante da não ocorrência de dano ao erário, uma vez que houve a comprovação dos serviços prestados.

Não obstante a análise da Unidade Técnica quanto ao afastamento da irregularidade indicada neste item, entendeu o parquet que a correta formalização dos contratos administrativos não podem ser considerados como mera irregularidade formal, ou seja, manifesta-se contrário ao afastamento da irregularidade e, como forma de controle prévio da ocorrência de danos futuros, pela aplicação de multa aos responsáveis, independente da ocorrência de dano ao erário, bem como a expedição de determinação ao gestor para que não autorizasse a execução de serviços contratados, bem como o seu pagamento, sem antes verificar a correta formalização do contrato administrativo.

Como o próprio MPEC destacou, o Tribunal de Contas da União já se pronunciou sobre o tema quando deixou assente que “a realização de pagamentos previamente à assinatura dos respectivos instrumentos contratuais configura a realização de despesas sem cobertura contratual”.

Todavia, considerando que os responsáveis apresentaram as documentações comprobatórias da prestação dos serviços e da existência de interesse público na sua contratação (fls. 2642/3097), comprovando a ausência de dano ao erário, a meu ver o encaminhamento de determinação aos responsáveis é medida consentânea com o caso concreto, suficiente a não repetição da falha em momento futuro, e nesse sentido, acompanho os termos da peça conclusiva e afasto a aplicação de multa, em divergência ao proposto pelo ilustre Procurador.

(...)

### **1. ACORDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo TC 2355/2012, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária em:





(...)

1.3. Na forma do art. 87, VI, da LC n. 621/2012, expedir ao atual gestor do Fundo as seguintes determinações:

(...)

c. - Deixem de executar os serviços contratados, bem como a realização de qualquer pagamento, sem que antes sejam formalizados corretamente os contratos administrativos, nos termos da Lei n. 8.666/93 (item 2.11 da ITC);”



# Artigo #10



## **Parecer em consulta 00024/2019-8 – Plenário – TCE/ES – Questões relevantes sobre repactuação e reajuste de valores contratuais**

O Tribunal de Contas do Espírito Santo se manifestou sobre várias questões relevantes sobre repactuação e reajuste de valores contratuais, após provocação de um de seus municípios auditados, abordando em Parecer, respostas para dúvidas como: O exercício ao direito de reajustamento, em sentido amplo, após 12 (doze) meses de vigência contratual como instituto de manutenção da equação econômico-financeira do contrato e com previsão editalícia é absoluto e automático?; De quem é a iniciativa para requerer o reajuste de preço após 12 (doze) meses de vigência do contrato: da Administração Pública ou da empresa contratada?; Se transcorrido o prazo de 12 (doze) meses do contrato e a empresa concordar em assinar aditivos de prazo sem questionar o reajuste de preço, ocorre preclusão tácita por ter praticado ato incompatível com seu exercício?; Passados mais de doze meses contados da data da apresentação da proposta é possível à concessão do reajuste retroativo aos três anos anteriores em que o contrato não foi reajustado?

Vejamos a análise da Corte de Contas a respeito dessa situação:

“O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, exige a manutenção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, assim dispondo:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos Princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência e, também ao seguinte:

XXI. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade e condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação-técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Tal garantia constitucional é assegurada, tanto por mecanismos previstos para situações imprevisíveis, o que ocorre na revisão contratual, como previsíveis contratualmente, tal como nos casos de reajuste em sentido amplo. Este último, é compreendido como gênero, passível de ser subdividido em duas espécies, quais sejam, o reajuste em sentido estrito e a repactuação de preços.

O reajuste em sentido amplo encontra-se regulamentado pelos artigos 40, inciso XI e 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que assim dispõem:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XI. Critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data





do adimplemento de cada parcela.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

III. O preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e do efetivo pagamento.

Verifica-se, que o instituto tem por objetivo atenuar os efeitos da desvalorização da moeda e pode ocorrer, mediante dois critérios, a fixação de índices geral ou setorial, previamente estabelecidos, situação em que se denomina de reajuste em sentido estrito, ou ainda, pela análise da variação dos custos na planilha de preços, que é o que se denomina de repactuação, o que é permitido para serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra. denomina de reajuste em sentido estrito, ou ainda, pela análise da variação dos custos na planilha de preços, que é o que se denomina de repactuação, o que é permitido para serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra.

Algumas semelhanças existem entre as espécies de reajuste em sentido amplo, ambas, por exemplo, necessitam de previsão expressa, tanto no edital de licitação quanto no contrato. Do mesmo modo, conforme prevê a Lei nº 10.192/2011, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências, em seus artigos 2º, parágrafo 1º e 3º, parágrafo 1º, a periodicidade, tanto do reajuste em sentido estrito, quanto da repactuação não pode ser inferior a um ano, contados ou da apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir, conforme a seguir se transcreve:

Art. 2º. É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

§ 1º. É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano.

Art. 3º. Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e no que com ela não conflitarem, da Lei nº 8.666/93.

§ 1º. A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

As diferenças, contudo, dentre outras, referem-se ao objeto contratual, tendo em vista que, nos termos do artigo 5º, do Decreto nº 2.271/97, que dispõe sobre a contratação de serviços contínuos pela Administração Federal, só se admite repactuação de contratos, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, com dedicação exclusiva de mão de obra, conforme a seguir se transcreve:

Art. 5º. Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes



dos custos do contrato, devidamente justificada.

Outra diferença entre as referidas espécies, que decorre do dispositivo ora transcrito, diz respeito aos índices de reajuste, tendo em vista que, em relação ao reajuste em sentido estrito são pré-fixados, gerais ou setoriais, e na repactuação decorrem da demonstração analítica da variação dos componentes de custos.

Além disso, pode-se constatar diferenças em relação a fixação da data base para o interregno de um ano. No caso de reajuste em sentido estrito, ele contará da data da apresentação das propostas, e, no caso da repactuação, das datas dos orçamentos aos quais as propostas possam se referir, nos termos do artigo 37, da Instrução Normativa MPOG/SLTI 02/2008, conforme redação da Instrução Normativa nº 03 de 2009, que regulamenta o dispositivo acima transcrito, conforme a seguir também se transcreve:

Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o artigo 5º, do Decreto nº 2271/1997 (Relação dada pela Instrução Normativa nº 03/2009). Art. 37. A repactuação de preços, como espécie de reajuste contratual, deverá ser utilizada nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos aos quais a proposta se referir, conforme estabelece o artigo 5º, do Decreto nº 2271/1997 (Relação dada pela Instrução Normativa nº 03/2009).

Destas decorrem ainda outras diferenças, que são as seguintes. No reajuste em sentido estrito, a necessidade ou não de requerimento para ser concedida ou a possibilidade de concessão automática depende de previsão contratual, já na repactuação, nunca será automática, eis que depende da demonstração da efetiva variação de preços.

Feitas essas considerações, pode-se afirmar, que o reajuste em sentido estrito poderá, desde que previsto expressamente em edital e no contrato, ser automático, o que significa dizer, que esse não é um direito absoluto, eis que depende de preenchimento do referido requisito. De outro lado, em se tratando de repactuação, não poderá, em nenhum caso, ser automático, ainda que haja previsão contratual, eis que sempre dependerá de requerimento do contratado, demonstrando a efetiva variação de preços da planilha, que é requisito indispensável a mesma.

Ressalta-se outrossim, que a iniciativa para requerer o reajuste de preço, após 12 meses de vigência do contrato, é da contratada, que é quem vai se beneficiar do reajuste, a não ser que, conforme mencionado, haja previsão contratual para os casos de reajuste em sentido estrito, de que o mesmo deve ser automático e, portanto, independe de requerimento.

Faz-se necessário abordar também a controvérsia acerca da ocorrência ou não de preclusão lógica, nos casos de a contratada assinar aditivos contratuais, sem mencionar expressamente o reajuste de preços. Vale ressaltar em primeiro lugar, que isso dependerá da existência de previsão contratual e editalícia, acerca de ser a mesma automática, já que em tais casos, não há que se falar em preclusão lógica.

No entanto, a questão a ser enfrentada diz respeito aos casos em que tal previsão não



existir e, portanto, dependerem de requerimento da contratada e esta não ocorrer, o que é possível de acontecer em relação ao reajuste em sentido estrito, já que, como já afirmado, a repactuação nunca será automática, nos termos em que dispõe o artigo 40, da Instrução Normativa MPOG/SLTI 02/2008, conforme redação da Instrução Normativa nº 03 de 2009, que prevê regras e diretrizes para a contratação de serviços continuados ou não e assim afirma:

Art. 40. As repactuações serão precedidas de solicitação da contratada, acompanhada de demonstração analítica da alteração de cursos, por meio da apresentação da planilha de custos e formação de preços ou do novo acordo de convenção ou dissídio coletivo que fundamenta a repactuação, conforme for a variação de custos objeto da repactuação. (Redação dada pela Instrução Normativa nº 03, de 16 de outubro de 2009).

§ 7º. As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.

Deste modo, nos casos das repactuações, que são necessariamente precedidas de solicitação da contratada, se não for realizado o requerimento, acompanhado das demonstrações de planilhas de custos, conforme previsto, durante a vigência do contrato, haverá a preclusão lógica, quando da assinatura de aditivos contratuais ou do encerramento do contrato. Pela mesma razão exposta, isso ocorrerá, nos casos de reajuste em sentido estrito, que dependem de requerimento, acompanhado das demonstrações de planilhas de custos, conforme previsto, durante a vigência do contrato, haverá a preclusão lógica, quando da assinatura de aditivos contratuais ou do encerramento do contrato. Pela mesma razão exposta, isso ocorrerá, nos casos de reajuste em sentido estrito, que dependem de requerimento.

Assim decidiu o Plenário do Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão 1828/2008, cujo trecho a seguir se transcreve:

[...] A partir da data em que passou a vigor as majorações salariais da categoria profissional que deu ensejo à revisão, a contratada passou a deter o direito de repactuação de preços. Todavia, ao firmar o termo aditivo de prorrogação contratual sem suscitar os novos valores pactuados no acordo coletivo, ratificando os preços até então acordados, a contratada deixou de exercer o seu direito à repactuação pretérita, dando azo à ocorrência de preclusão lógica[...] Assim, caberá ao contratado inserir o termo aditivo a ser celebrado cláusula por instrumento relativo ao acordo ou à convenção devidamente registrado[...] Do que ressaí do entendimento ora perfilhado, o prazo para que a contratada exerça, perante a Administração, seu direito à repactuação terá início, após observado o interregno mínimo de um ano, na data da homologação da convenção ou acordo coletivo, que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado (podendo ou não como mencionado nos itens 78 a 81 deste Voto, retroagir à data-base que ensejar a celebração dos referidos instrumentos) e findará no momento da abertura de novo termo aditivo. Ou seja, em termos gerais, o direito de repactuar surgirá quando ocorrer um aumento dos custos do contratado, devendo a repactuação ser pleiteada até a data da prorrogação contratual subsequente. Se o contratado não pleitear de forma tempestiva a repactuação e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem realizá-la ou ao menos, prevê-la, expressamente, entendo que ocorrerá a preclusão do seu direito de repactuar.



Cabe acrescentar, que a ocorrência de preclusão lógica, nos casos referenciados, ocorrerá, mesmo nos casos em que o instrumento de prorrogação contratual ou o próprio contrato não contiver disposição específica anunciando que a omissão do contratado importará renúncia. Isso porque, é vedado o comportamento contraditório, sendo que, a prorrogação do ajuste é o momento ideal para discutir questões atinentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Sobre a aplicabilidade do regramento da repactuação ao reajuste, verifica-se Parecer da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, que assim manifestou a respeito:

É que o princípio da boa-fé objetiva demanda análise sobre o comportamento das partes, especialmente para verificar se elas agiram de forma leal ou ética. E no contexto ora retratado – de omissão do contratado em requerer o reajuste em sentido amplo, deixando para fazê-lo apenas quando a Administração Pública já tiver, sem antever a incidência de qualquer desses encargos, concordando em estender o contrato administrativo – o Princípio da boa-fé objetiva qualifica como comportamento contraditório o pleito contratado formulado posteriormente à prorrogação do contrato administrativo [...] Cumpre notar que, embora o entendimento firmado pelo Plenário do TCU se refira à sistemática da repactuação, é inteiramente aplicável ao reajuste em sentido estrito, já que ambos os institutos são considerados espécies do gênero ‘reajustamento em sentido amplo’[...]Grifo nosso.

Observa-se, contudo, que a possibilidade de aplicação dependerá de serem os fundamentos semelhantes em cada caso concreto que se deseje aproveitar, pois, conforme se verificou, em relação à preclusão lógica, estes, em relação à repactuação, são inteiramente aplicáveis aos casos idênticos referentes ao reajuste em sentido estrito. Observa-se, contudo, que a possibilidade de aplicação dependerá de serem os fundamentos semelhantes em cada caso concreto que se deseje aproveitar, pois, conforme se verificou, em relação à preclusão lógica, estes, em relação à repactuação, são inteiramente aplicáveis aos casos idênticos referentes ao reajuste em sentido estrito.

De outro lado, sobre a possibilidade de concessão de reajuste retroativo aos anos anteriores, quando o contrato não foi reajustado, é preciso cautela. Isso porque, para a repactuação, espécie de reajuste em sentido amplo, conforme já explicitado, o artigo 41, da Instrução Normativa do Ministério Planejamento Orçamento e Gestão/Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação nº 02/2008, assim dispõe expressamente, conforme a seguir se transcreve:

Art. 41. Os novos valores contratuais decorrentes das repactuações terão suas vigências iniciadas observando-se o seguinte:

I. A partir da assinatura do termo aditivo;

II. Em data futura, desde que acordada entre as partes, sem prejuízo da contagem de periodicidade para concessão das próximas repactuações;

III. Em data anterior à repactuação, exclusivamente quando a repactuação envolver revisão do custo de mão-de-obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa que contempla data de vigência retroativa, podendo esta ser considerada para efeito de compensação do pagamento devido, assim como para a contagem da anualidade em repactuações futuras.





§ 1º. No caso previsto no inciso III, o pagamento retroativo deverá ser concedido exclusivamente para os itens que motivaram a retroatividade, e apenas em relação à diferença porventura existente.

§ 2º. A Administração deverá assegurar-se de que os preços contratados são compatíveis com aqueles praticados no mercado, de forma a garantir a continuidade da contratação mais vantajosa.

§ 3º. A Administração poderá prever o pagamento retroativo do período que a proposta de repactuação permaneceu sob sua análise, por meio de Termo de Reconhecimento de Dívida.

§ 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, o período que a proposta permaneceu sob a análise da Administração será contado como tempo decorrido para fins de contagem da anualidade da próxima repactuação. (Grifo nosso).

Observa-se, neste caso, que o dispositivo permite a concessão retroativa para repactuação, quando envolver custo de mão de obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa, que contempla data de vigência retroativa, sendo que o parágrafo primeiro restringe a sua ocorrência, exclusivamente aos itens que motivaram a retroatividade e apenas em relação à diferença porventura existente.

Neste sentido, verifica-se, que em tal caso, a norma foi extremamente seletiva e pontuou exatamente os casos em que se admite a retroatividade, por ser esta uma situação excepcional, não podendo, pois, ser interpretada de modo amplo, ou seja, a abranger também os casos de reajustes em sentido estrito ou mesmo as repactuações que ultrapassem a previsão normativa. mesmo as repactuações que ultrapassem a previsão normativa.

Vejamos como entendeu a Procuradoria Geral do Distrito Federal , acerca da temática:

Dessa forma, por determinação legal os efeitos financeiros da repactuação de preços devem ter sua vigência reconhecida desde a data estipulada na CCT, desde que respeitado o interregno de doze meses entre a data (do Acordo, Convenção ou Dissídio Coletivo) e o da concessão do direito à repactuação (anualidade imposta pela Lei nº 10.192/2001). Tenho, no entanto, que em relação ao reajuste de preços a resposta que se apresenta não é a mesma). Primeiro porque, ao contrário da repactuação, inexistente disposição normativa determinando a retroatividade dos efeitos à data anterior à do pedido formulado pela contratada. Ademais, a repactuação apresenta contornos um tanto distintos do reajuste. Ao passo que aquele instituto envolve pagamentos de salários aos empregados terceirizados, cujos valores são fixados em Convenção Coletiva e cujos efeitos financeiros são fixados a partir de uma data específica, não podendo o Poder Público ou a Contratada dele se eximir, o reajuste, de forma diferente, oscila conforme as flutuações de mercado. Neste vértice, cabe à Contratada formular seu pedido de reajuste tempestivamente, logo quando do aniversário da data de apresentação da proposta, caso tenha expectativa de obter a variação integral, anual, do índice de reajuste previsto contratualmente. E cabe à Administração concedê-lo, logo após. De certo modo, este é o mesmo raciocínio que embasa a incidência de preclusão sobre a pretensão de reajuste, quando formulado, após a prorrogação contratual ou após o encerramento da vigência contratual, disposição esta que, ademais, encontra



guardada na jurisprudência dos tribunais de contas e judiciais, estando, ainda positiva na IN 02/2008 SLTI/MPOG.(Grifo nosso).

Sendo assim, tratando-se de situação, que pode gerar insegurança jurídica, e tendo sido tratada pela norma legal regulamentadora como situação excepcional, não é possível permitir que alcance institutos diversos, até porque, os fundamentos que a justificaram não são possíveis de serem aplicados em outros, razão pela qual, entende-se, que aplicáveis apenas aos casos de repactuação e, mesmo assim, somente quando cumpridos os requisitos exigidos na referida norma, e, desde que respeitado o interregno de um ano, conforme disposição da Lei nº 10.192/2001.

(...)

### III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, quanto ao mérito, responde-se aos questionamentos feitos, nos seguintes termos:

1. O exercício ao direito de reajustamento, em sentido amplo, após 12 (doze) meses de vigência contratual como instituto de manutenção da equação econômico-financeira do contrato e com previsão editalícia é absoluto e automático?

O Reajuste em sentido amplo é gênero do qual o reajuste em sentido estrito e a repactuação são espécies. Neste sentido, pode-se afirmar que o reajuste em sentido estrito poderá, desde que previsto expressamente em edital e no contrato ser automático, o que significa dizer que esse não é um direito absoluto, eis que depende de preenchimento do requisito mencionado. De outro lado, em se tratando de repactuação, não poderá, em nenhum caso, ser automática, ainda que haja previsão contratual e em edital, eis que, sempre dependerá de requerimento do contratado, demonstrando a efetiva variação de preços da planilha, que é requisito indispensável a mesma.

2. De quem é a iniciativa para requerer o reajuste de preço após 12 (doze) meses de vigência do contrato? Da Administração Pública ou da empresa contratada?

A iniciativa para requerer o reajuste de preço, após 12 meses de vigência do contrato, é do contratado, que é quem vai se beneficiar do reajuste, a não ser que, conforme mencionado, haja previsão contratual, para os casos de reajuste em sentido estrito, afirmando expressamente que este deve ser automático e, portanto, independe de requerimento. O mesmo não pode ocorrer nos casos de repactuação, uma vez que, este jamais será automático.

3. Se transcorrido o prazo de 12 (doze) meses do contrato e a empresa concordar em assinar aditivos de prazo sem questionar o reajuste de preço, ocorre preclusão tácita por ter praticado ato incompatível com seu exercício?

Nos casos de repactuação, que são necessariamente precedidas de solicitação do contratado, se não for realizado o requerimento, acompanhado de demonstrações de planilhas de custos, conforme previsto, durante a vigência do contrato, haverá a preclusão lógica tácita, com a assinatura de aditivos contratuais ou com o encerramento do contrato. Do mesmo modo, ocorrerá, nos casos de reajuste em sentido estrito, quando dependerem de requerimento, em razão da inexistência de previsão contratual



no sentido de ser o mesmo automático.

4. Passados mais de doze meses contados da data da apresentação da proposta é possível a concessão do reajuste retroativo aos três anos anteriores em que o contrato não foi reajustado?

Para a repactuação, espécie de reajuste em sentido amplo, conforme já explicitado, o artigo 41, da Instrução Normativa do Ministério Planejamento Orçamento e Gestão/Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação nº 02/2008, expressamente prevê. Observa-se, que o dispositivo permite a concessão retroativa para repactuação, quando envolver custo de mão de obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa, que contempla data de vigência retroativa, sendo que a norma restringe a sua ocorrência exclusivamente aos casos que motivaram a retroatividade. Assim, tendo sido a norma extremamente restritiva, pontuando os casos em que a retroatividade é admissível, não pode esta ser interpretada de modo amplo, de forma a abranger também os casos de reajustes em sentido estrito ou mesmo os casos de repactuação, que não atendem a previsão normativa. restringe a sua ocorrência exclusivamente aos casos que motivaram a retroatividade. Assim, tendo sido a norma extremamente restritiva, pontuando os casos em que a retroatividade é admissível, não pode esta ser interpretada de modo amplo, de forma a abranger também os casos de reajustes em sentido estrito ou mesmo os casos de repactuação, que não atendem a previsão normativa.

(...)

## 1. PARECER EM CONSULTA

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, RESOLVEM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, em conhecer a consulta para, no mérito, respondê-la nos seguintes termos:

1.1. O Reajuste em sentido amplo é gênero do qual o reajuste em sentido estrito e a repactuação são espécies. Neste sentido, pode-se afirmar que o reajuste em sentido estrito poderá, desde que previsto expressamente em edital e no contrato ser automático, o que significa dizer que esse não é um direito absoluto, eis que depende de preenchimento do requisito mencionado. De outro lado, em se tratando de repactuação, não poderá, em nenhum caso, ser automática, ainda que haja previsão contratual e em edital, eis que, sempre dependerá de requerimento do contratado, demonstrando a efetiva variação de preços da planilha, que é requisito indispensável a mesma;

1.2. A iniciativa para requerer o reajuste de preço, após 12 meses de vigência do contrato, é do contratado, que é quem vai se beneficiar do reajuste, a não ser que, conforme mencionado, haja previsão contratual, para os casos de reajuste em sentido estrito, afirmando expressamente que este deve ser automático e, portanto, independe de requerimento. O mesmo não pode ocorrer nos casos de repactuação, uma vez que, este jamais será automático;

1.3. Nos casos de repactuação, que são necessariamente precedidas de solicitação do contratado, se não for realizado o requerimento, acompanhado de demonstrações de planilhas de custos, conforme previsto, durante a vigência do contrato, haverá a preclusão lógica tácita, com a assinatura de aditivos contratuais ou com o encerramento





do contrato. Do mesmo modo, ocorrerá, nos casos de reajuste em sentido estrito, quando dependerem de requerimento, em razão da inexistência de previsão contratual no sentido de ser o mesmo automático;

1.4. Para a repactuação, espécie de reajuste em sentido amplo, conforme já explicitado, o artigo 41, da Instrução Normativa do Ministério Planejamento Orçamento e Gestão/Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação nº 02/2008, expressamente prevê. Observa-se, que o dispositivo permite a concessão retroativa para repactuação, quando envolver custo de mão de obra e estiver vinculada a instrumento legal, acordo, convenção ou sentença normativa, que contempla data de vigência retroativa, sendo que a norma restringe a sua ocorrência exclusivamente aos casos que motivaram a retroatividade. Assim, tendo sido a norma extremamente restritiva, pontuando os casos em que a retroatividade é admissível, não pode esta ser interpretada de modo amplo, de forma a abranger também os casos de reajustes em sentido estrito ou mesmo os casos de repactuação, que não atendem a previsão normativa; sentido estrito ou mesmo os casos de repactuação, que não atendem a previsão normativa;

1.5. Tratando-se os institutos de espécies do gênero reajuste em sentido amplo é possível afirmar, que embora institutos diversos possuem características próximas. Deste modo, para aplicar, por analogia, o referido parecer, que diz respeito à repactuação, faz-se necessário observar, em cada previsão nele contida, se os seus fundamentos se adequam aos casos de reajuste em sentido estrito, em razão da semelhança dos argumentos nele contidos, que demonstrem que poderiam ser utilizados também para os casos de reajuste em sentido estrito. É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da preclusão, já apreciado;"



Orientação Doutrinária  
em Licitações &  
Contratos Públicos

## A ORIENTAÇÃO QUE VOCÊ PROCURAVA AO SEU ALCANCE!



**SAIBA MAIS**



**(41) 3778-1745**



**(41) 98711-4701**

**AT HOME  
AT COMPANY**

EXCLUSIVO!  
ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA  
ONLINE 100% AO VIVO



Um Produto

**NEGÓCIOS  
PÚBLICOS**