



ANULAÇÃO/MODIFICAÇÃO DE ASPECTOS DO CONTRATO POR DEFEITOS NA LICITAÇÃO

FERNANDO VERNALHA

Pós-Doutor (*Visiting Scholar*, 2017) pela Columbia School of Law (EUA, NY). Doutor e Mestre em Direito. Professor de Direito Administrativo convidado de diversas instituições. Autor de diversos livros na área de infraestrutura. Advogado e sócio fundador do Escritório VG&P Advogados.

fernando.vernalha@vgplaw.com.br

DIAGNÓSTICO

- **NULIDADE DO CONTRATO POR DEFEITOS NA LICITAÇÃO:**

- Jurisprudência histórica: acolhimento da premissa de que defeitos na licitação importam invalidação e o desfazimento do contrato
- Imputação de responsabilidade ao contratado privado por defeitos na licitação
- Evolução da jurisprudência: relativização da premissa, prestigiando-se o *consequencialismo* na decretação da invalidade do contrato (ex: Acórdão n.º 6485/2010 – 2ª Câmara. *Defeito na habilitação. Manutenção do contrato inválido é menos gravoso do que a sua invalidação*)
 - Manutenção da responsabilização extensiva dos privados
 - Enrijecimento do controle de preços
 - Mudança no preço para a "correção" da proposta (ex: custos fiscais)
 - Mudança no preço para reconduzi-lo aos limites da tabelas

CONTROLE DE PREÇOS

- A cultura dos sistemas e tabelas referenciais - origem da questão:
 - Art. 40. (...) X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;
- Pano de fundo: razões que têm justificado o controle de preços
 - Conforto ao controlador – minimiza a assimetria de informações entre o mercado e os controladores em relação a preços
 - Desconfiança dos controladores com relação à eficácia da licitação como expediente voltado a selecionar propostas harmonizadas com a realidade de mercado

CONTROLE DE PREÇOS

Quais os defeitos de compreensão desta premissa?

1. Os preços praticáveis em face das Administrações não refletem os preços de mercado
 - *Alto custo de transação*
 - *Cacoete de inadimplir contratos e ausência de garantias*
 - *Prerrogativas exorbitantes - não submissão do CA aos mecanismos próprios de mercado*
2. As tabelas e os sistemas não retratam muitas vezes a variação de custos derivada de certas *especificidades*, como:
 - *Temporalidade*
 - *Condições de localização, clima etc*
 - *Condições regionais de regulação e de tributação*
 - *Condições subjetivas*
4. Os projetos de engenharia disponibilizados pelas Administrações apresentam nível insatisfatório de detalhamento
 - *Riscos precificados em decorrência da incompletude dos projetos*

CONTROLE DE PREÇOS

Legislação do controle de preços (e sua interpretação pelas instâncias de controle)

- Inexistência na LGL da obrigação de previsão de preços máximos pelo edital (há exigência apenas no RDC e no Decreto 7.983/2013)
 - Súmula do TCU 259/2010 (obrigação para o gestor de fixação de preços máximos unitário e global)
- Inclusão na LDO/2003 - exigência de uso do SINAPI para orçamentos de obras e serviços com recursos federais (custos de obras não poderiam ser superiores a 30% aos correspondentes do SINAPI)
- Inclusão na LDO/2004 - o custo global de obras e serviços com custos de insumos ou serviços iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no SINAPI

CONTROLE DE PREÇOS

- **Legislação do controle de preços (e sua interpretação pelas instâncias de controle)**
 - Inclusão nas LDOs subsequentes
 - LDO/2010 – exigência do uso da tabela SICRO (preço de referencia para licitações de obras rodoviárias) – e SINAPI
 - LDO/2014 – eliminou-se a exigência de observância do SICRO e SINAPI
 - Decreto 7.983/2013
 - Intenção de incorporar a disciplina na próxima Lei de Licitações

CONTROLE DE PREÇOS

- **Legislação do controle de preços (e sua interpretação pelas instâncias de controle)**
 - Acolhimento pela legislação (Decreto 7.983/2013) de referências alternativas:
 - *Adoção de especificidades locais e de projeto*
 - *Utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado)*
 - Em caso de inviabilidade (justificada) do SINAPI ou SICRO
 - Instituição da observância da *mediana* de preços como limite

FORMAÇÃO DE PREÇOS

- **Acolhimento pela jurisprudência de referências alternativas:**
 - Acórdãos TCU 2.068/2006, 1.330/2009, 1214/2009, 157/2009, 2735/2011, 1894/2011, 2396/2010 e 649/2011, todos do Plenário
 - Caráter excepcional da adoção de referências alternativas
 - Reflexo prático: tendência do administrador à adoção da regra: SINAPI e SICRO

CONTROLE DE PREÇOS

Julgados do TCU:

TCU – Acórdão nº 2056/2015 – Plenário: Licitação. Obra e serviço de engenharia. Referência de preços. A Administração Pública deve observar, em suas licitações de obras e serviços de engenharia, os referenciais oficiais de mercado, em especial o Sinapi e o Sicro, **justificando tecnicamente** a adoção de valores distintos dos constantes desses sistemas.

TCU – Acórdão nº 753/2015 – Plenário: É possível a adaptação de composições de custos dos sistemas oficiais, desde que **devidamente justificada** e para fazer frente a eventuais peculiaridades do empreendimento.

TCU – Acórdão nº 2668/2013 – Plenário: Na ausência de balizamento direto do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi) para análise do custo de obras e serviços de engenharia, **devem ser utilizados as referências e os critérios estabelecidos no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro)**, devidamente adaptados às peculiaridades de cada caso concreto.

CONTROLE DE PREÇOS

Não existe percentual tolerável de *sobrepreço* global, de forma que somente é admissível contratar empreendimento por valores superiores aos de sistemas referencias de preço oficiais se presentes condições extraordinárias, devidamente justificadas no procedimento administrativo.

Auditoria realizada no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT com o objetivo de fiscalizar as obras de construção do trecho rodoviário Manaus – Divisa AM/RO, na BR-319, apontara, dentre outras ocorrências, sobrepreço de R\$ 6.571.165,21, correspondente a 7,97% do valor global do contrato, calculado com base nas composições do Sicro. Em etapa processual posterior, a unidade técnica, em exame de mérito, concluiu pela insubsistência do referido sobrepreço *“uma vez que tal percentual encontra-se na faixa de precisão esperada do custo global estimado de uma obra em relação ao seu custo global final”*. Analisando o ponto, o relator opinou pela improcedência do *“raciocínio utilizado pela unidade técnica especializada para relevar o sobrepreço apurado”*. Reproduzindo excerto da Orientação Técnica OT-IBR 004/2012, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), que prevê faixa de precisão de 10%, concluiu o relator que aquela norma *“não diz respeito à margem aceitável de sobrepreço ou superfaturamento, mas ao desvio máximo esperado entre o orçamento de uma obra e o orçamento elaborado após a conclusão da obra, com base nos preços, consumos e produtividades efetivamente incorridos, sem significativas alterações de escopo”*. Nesse sentido, afirmou que *“Não existe percentual tolerável de sobrepreço global. Os valores pagos pelas compras e contratações da Administração não podem exceder os preços de mercado, cujos valores máximos, no caso da contratação de obras e serviços de engenharia, estão indicados no SICRO e no SINAPI”*. E que *“Somente é admissível que um empreendimento seja contratado por valores superiores aos obtidos a partir da utilização dos sistemas referencias de preço oficiais ante a **presença de condições extraordinárias** que assim justifiquem, o que não está demonstrado nestes autos”*. Acolhendo a proposta do relator, o Plenário determinou, dentre outras medidas, a conversão dos autos em tomada de contas especial, com a promoção das citações e audiências alvitradas. ***Acórdão 3095/2014 Plenário, TC 012.121/2007-6, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 12.11.2014.***

CONTROLE DE PREÇOS

Julgados do TCU:

- Acórdão 1.455/2018
 - Identificou *sobrepço* na discrepância dos valores contratados aos valores da tabela, ainda que o edital e o contrato não tenham imposto esse limite
 - Impôs ao contrato privado a obrigação de devolução da diferença

CONTROLE DE PREÇOS

70. Com relação à assertiva de que a empresa jamais agiu de má-fé, pois apenas apresentou proposta com base no projeto e no orçamento global anexados ao edital de licitação, embora as peças informativas do certame gozem de presunção relativa de legitimidade, a empresa contratada não está isenta de ressarcir os prejuízos causados ao erário, se os preços praticados, embora menores que o orçado, estiverem acima dos parâmetros de mercado.

71. Nesse sentido, é importante afirmar que não é necessário comprovar a existência de má-fé ou de conduta intencional da empresa contratada para que surja para ela o dever de ressarcir o erário, por prejuízos causados à Administração Pública.

(...)

73. Sendo assim, se a empresa concorre para a prática de superfaturamento, estará, por conseguinte, sujeita às consequências jurídicas impostas pelo regime jurídico-administrativo, dentre as quais se inclui o dever de ressarcir.

74. No mesmo sentido, não prospera o argumento de que não cabe a responsabilidade da empresa por eventual dano ao erário se os preços da proposta estiverem compatíveis com as planilhas orçamentárias, pois compete à Administração adequar os preços às tabelas oficiais ou a outras especificidades.

75. Com relação ao assunto, de fato, os preços da proposta da construtora estavam em consonância com o limite máximo do valor global fixado no orçamento-base do certame. Porém, se por um lado o orçamento-base deveria cumprir os critérios estabelecidos no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993 e no art. 115 da LDO/2007, por outro os preços da proposta e do contrato deveriam seguir duas barreiras de controle: o próprio orçamento-base e os preços do Sinapi.

CONTROLE DE PREÇOS

Texto do Substitutivo do Relator ao PL 1292/1995:

LVl – **sobrepçoço**: quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global, empreitada integral, semi-integrada ou integrada;

LVII - **superfaturamento** quando houver dano ao patrimônio da Administração caracterizado, por exemplo:

- a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;
- c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico- financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços.

CONTROLE DE PREÇOS

Texto do Substitutivo do Relator ao PL 1292/1995:

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante:

I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

III – entrega de uma mercadoria por outra;

IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é de reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa, se houver sobrepreço ou superfaturamento.

CONTROLE DE PREÇOS

Como deveria ser a definição legislativa de sobrepreço ou superfaturamento?

*LVl – **sobrepreço**: quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são objeto de práticas ilícitas de cartelização ou de conluio com agentes públicos com vistas a majorá-los artificialmente.*

*LVII – **superfaturamento**: quando os preços objeto de contratos ou de aditivos contratuais forem praticados em valores artificialmente elevados, fruto de conluio entre o contratado e agentes públicos ou de práticas de cartelização ou de corrupção, com a presença de dano ao patrimônio público.*

COTROLE DE PREÇOS

- **A jurisprudência do TCU induz o gestor a substituir o custo fiscal do contrato pelo custo fiscal da proposta**

Acórdão 32/2008 – Plenário - TCU

FISCOBRAS/2007. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES GRAVES NA FISCALIZAÇÃO DE 2007. DETERMINAÇÕES. Nos pagamentos efetuados aos contratados a título de ISS deve ser considerada a alíquota real estabelecida pelos municípios envolvidos, e não aquela considerada no BDI da empresa

9.1 determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes e, no que couber, à sua Superintendência no Estado de Sergipe que, se ainda não o fizeram:

9.2.1. revise, preventivamente, todos os seus contratos vigentes, a fim de verificar a adequação do percentual embutido no BDI a título de pagamento de ISS, com os percentuais efetivamente recolhidos, inclusive quanto à correção da base de cálculo desse imposto, uma vez que em outros contratos fiscalizados pela Secex/SE foram constatados problemas semelhantes aos detectados no âmbito dos Contratos TT-335/2006-00 e TT-336/2006-00

FORMAÇÃO DE PREÇOS

Há ilicitude na pretensão de "corrigir" o preço da proposta já na fase de execução do contrato

A alteração no preço do contrato para adequação de custo fiscal viola a EEF do contrato administrativo

A alteração no preço desorganiza a licitação

- A premissa de que o custo fiscal do contrato deve ser adequado ao custo fiscal verificado pode dar ensejo a diferenças para mais ou para menos. Se o custo fiscal real for maior do que o custo fiscal proposto, pode desorganizar a licitação

FORMAÇÃO DE PREÇOS

Evolução do entendimento:

TCU – Acórdão nº 332/2015 – Plenário: A Administração deve observar, em suas contratações, a prática de preços de mercado, de acordo com o princípio da economicidade, não cabendo questionar os custos tributários efetivamente incorridos pelas contratadas, tampouco remunerá-las ou apontar sobrepreço de acordo com esses custos. A efetiva carga tributária de cada empresa é matéria intrínseca de sua estrutura administrativa e componente de sua estrutura de custos, a qual não deve servir de base para remunerações contratuais.

VG&P | VERNALHA GUIMARÃES & PEREIRA ADVOGADOS

www.vgplaw.com.br

Tel./Fax: 4007.2221 | +55 (41) 3233.0530



SÃO PAULO (SP)

Rua Olimpíadas, 200 - 2º Andar
Vila Olímpia - Edifício Aspen - CEP 04551-000

BRASÍLIA (DF)

SHS Quadra 06 - Cj. C, Bloco E - Sala 1201
Complexo Brasil 21 - Asa Sul - CEP 70316-000

CURITIBA (PR)

Rua Mateus Leme, 575 - São Francisco
Palacete Villa Sophia - CEP 80510-192