TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

PROCESSO Nº 002387/2018-TC
INTERESSADO: TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO
ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO
RELATOR: CONSELHEIRO ANTONIO ED SOUZA SANTANA, EM SUBSTITUIÇÃO LEGAL
RESPONSÁVEL: SECRETARIA EXTRAORDINÁRIA PARA A GESTÃO DE PROJETOS E METAS DE GOVERNO - SEGEPRO, REPRESENTADA POR SEU ATUAL GESTOR, SR. FRANCISCO VAGNER GUTEMBERG DE ARAÚJO
ADVOGADO: FRANCISCO WILKIE REBOUÇAS CHAGAS JÚNIOR (PROCURADOR-GERAL DO ESTADO - OAB/RN Nº 2468)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO GOVERNO CIDADÃO Nº 199/2017. OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA RESPONSÁVEL PELA EXECUÇÃO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO DO HOSPITAL REGIONAL DA MULHER PARTEIRA MARIA CORREIA. MEDIDA CAUTELAR SUGERIDA PELO CORPO INSTRUTIVO E MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS PARA A SUSPENSÃO DA AVENÇA FIRMADA, EM RAZÃO DE PROVÁVEL VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, COMPETITIVIDADE E ESCOLHA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. A ATUALIDADE DA INSTRUÇÃO NÃO DEMONSTRA A POSSIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. PRESENÇA DE IRREGULARIDADES CUJA RESPONSABILIDADE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À EMPRESA CONTRATADA. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA RAZOABILIDADE. DECLARAÇÃO DA NULIDADE IMPORTARIA EM PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO. RECONHECIMENTO EXCEPCIONAL DO *PERICULUM IN MORA* INVERSO. REJEIÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR REQUERIDA.

I - RELATÓRIO

Trata-se de representação promovida pela Comissão de Operações de Crédito Externo (COPCEX), com o objetivo de promover a suspensão, em sede cautelar, do Contrato Governo Cidadão nº 199/2017, pactuado entre o Estado do Rio Grande do Norte e a empresa CG Construções Ltda, para a execução de obras de construção do

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

Hospital Regional da Mulher Parteira Maria Correia, no Município de Mossoró, em razão das irregularidades assim descritas:

> "(a) Falha no processamento da impugnação da empresa Porto Belo Engenharia e Comércio Ltda., por parte da CMEL, ao julgar improcedente o questionamento sem ter havido a devida resposta técnica e específica;
> (b) Exigências impostas pelo edital, com especificidades para a comprovação de aptidão profissional das empresas, são consideradas desacertadas, posto que sem embasamento técnico, além de ilegais, já que em desacordo com a norma do art. 30, inciso II, e §1º, inciso I, da Lei 8.666/93; tendo muito possivelmente afastado do certame inúmeras empresas com experiência e porte mais do que suficientes para a execução da obra em tela;
> (c) Os diversos adiamentos, suspensões e reaprazamentos da licitação, em sua maioria por motivos de pedidos de esclarecimentos e/ou impugnações de empresas interessadas, que reclamaram sobre exigências do Edital, dúvidas técnicas sobre o projeto, ausência de projetos e seus detalhamentos, e até erros e omissões nos mesmos que refletiriam no orçamento da obra, deixam evidente a grande quantidade de itens do Edital e do projeto básico com falhas em sua formulação, denotando pouca atenção ao planejamento;
> (d) Alteração de quantitativos e itens de serviços no orçamento inicial, que repercutiram em novo valor de referência para a obra (R$ 59.996.952,19), sem que houvesse a juntada de qualquer documentação no processo que formalizasse tais modificações, nem mesmo o próprio "Aviso de Reaprazamento de Licitação", o último editado, possui tão relevante informação;
> (e) Último "Aviso de Reaprazamento de Licitação" determinando um prazo de apenas 19 (dezenove) dias para apresentação de propostas (Aviso: 03/08/2017 - Prazo: 22/08/2017). Tal prazo é considerado exíguo, frente às alterações realizadas nos projetos e orçamento da obra, cujo valor de referência foi alterado para R$ 59.996.952,19 (acréscimo de mais de 17% em relação ao seu valor inicial); além de em flagrante desrespeito ao disposto no art. 21, §2º, inciso I, alínea "b" e §4º, da Lei de Licitações, que impõe o prazo de 30 (trinta) dias, também quando de qualquer modificação substancial do edital;
> (f) Ausência de considerações, por parte da equipe de engenharia do Projeto, quanto à reavaliação do item 4.5 (b) do Edital, alvo único da primeira diligência realizada pela CMEL;

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

(g) Ausência nos autos da documentação mencionada na petição da empresa LOTIL (fl. 5562), em atendimento à primeira diligência;
(h) Situação inconclusiva diante da reanálise do item 4.5 (c), referente às empresas CG CONSTRUÇÕES e LOTIL, que não deixa claro o posicionamento da equipe de engenharia do Projeto quanto ao atendimento ou não à exigência do edital;
(i) Flexibilização indevida dos critérios utilizados para a avaliação da capacidade técnica das licitantes, quando do processamento da reavaliação técnica (engenharia), de fls. 5576/5587, em detrimento de empresas que não participaram do certame, em desrespeito ao princípio da isonomia;
(j) Diligência exclusiva, realizada pela CMEL, direcionada ao licitante CG CONSTRUÇÕES LTDA. (fls. 5591/5592), relativamente ao item 4.5 (e) do Edital, especificamente para apresentar comprovação de haver executado os quantitativos do item “dentro do prazo exigido na tabela do referido item”, em afronta ao princípio da isonomia, posto não ter permitido igual oportunidade aos demais licitantes;
(k) Ausência de consulta ao setor de engenharia do Projeto para fins de análise da segunda diligência, direcionada exclusivamente para a empresa CG CONSTRUÇÕES LTDA;
(l) A CMEL não poderia promover a classificação, ou desclassificação, de empresas em descompasso com a avaliação técnica da equipe de engenharia do Projeto, que, de forma clara deixou evidente que nenhuma licitante alcançou o atendimento de todas as exigências técnicas previstas no Edital, conforme resumido na Tabela 03 acima, mesmo após a realização da primeira diligência. Assim sendo, observa-se que a licitação, em verdade, restou fracassada, pois a Ata da Sessão Privativa de Análise e Julgamento das Propostas não trouxe qualquer justificativa para o aceite das propostas das empresas CG CONSTRUÇÕES LTDA e LOTIL CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.

No despacho constante do Evento nº 4, o Conselheiro em substituição legal (Marco Antônio de Moraes Rêgo Montenegro) atribuiu aos presentes autos caráter seletivo e prioritário, haja vista a presença dos requisitos autorizadores (materialidade, risco e relevância), determinando, ato contínuo, a notificação do responsável para manifestação, no prazo de 72h (setenta e duas horas).

Através do documento nº 002460/2018 (apensado ao Evento nº 11), o gestor requereu a dilação do prazo supracitado, no que foi atendido em parte, nos termos do despacho proferido pela autoridade mencionada acima (Evento nº 16).

Manifestação do responsável apresentada a tempo (Certidão DAE | Evento nº 22), por intermédio da petição e documentos constantes do documento nº 003086/2018 (apensado ao Evento nº 20).

Na ocasião, o gestor alegou, em suma: a) aplicabilidade das normas do Banco Mundial em detrimento da legislação Pátria; b) inexistência de sobrepreço em razão do novo valor de referência, calculado após a alteração dos quantitativos inicialmente previstos, tendo em vista que o montante de R$ 51.099.137,50 não teria norteado a licitação, já que este montante foi fixado no primeiro Edital licitatório, posteriormente retificado; c) existência de "não objeção" por parte do Banco Mundial acerca das exigências editalícias; d) existência de planejamento na contratação; e) da conduta correta ao se determinar a publicação das alterações editalícias pelo prazo de 19 (dezenove) dias, a despeito do prazo original do certame ser de 30 (trinta) dias; f) legalidade da alteração da qualificação técnica de volume médio de obras, ao indicar que não seria matéria afeta à engenharia, mas sim comprovada através de balanços patrimoniais das empresas licitantes; g) inexistência de contradição da análise conclusiva entre o setor de engenharia e a comissão de licitação sobre as propostas apresentadas pelas empresas licitantes.

Retornando os autos à Comissão de Auditoria de Operações de Crédito Externo (COPCEX), foi emitida a Informação nº 004/2018 (Evento nº 28), que, em suma, manteve as falhas apontadas inicialmente, a exceção daquela constante no item “j” (diligência exclusiva realizada pela CMEL, direcionada ao licitante CG CONSTRUÇÕES LTDA).

O Ministério Público Especial, por intermédio do Procurador-Geral Ricart César Coelho dos Santos, opinou pela concessão da medida cautelar para a imediata suspensão do Contrato Governo Cidadão nº 199/2017, bem assim de todos os atos de prestação de serviços dele decorrentes (Parecer nº 121/2018 - Evento nº 43).

Em continuidade, o gestor responsável apresentou nova manifestação - documento nº 4551/2018 (Evento nº 46) -, motivo pelo qual os autos retornaram ao *parquet* especial; na ocasião, porém, este último órgão manteve o posicionamento acima registrado (Evento nº 50).

É o relatório; decido.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

II - VOTO

De início, mister salientar que a matéria ora submetida à apreciação colegiada detém-se à medida cautelar requerida pela Comissão de Operações de Crédito Externo (COPCEX) e Ministério Público Especial, no tocante à suspensão do Contrato Governo Cidadão nº 199/2017, pactuado entre o Estado do Rio Grande do Norte e a empresa CG Construções Ltda, para a execução de obras de construção do Hospital Regional da Mulher Parteira Maria Correia, no Município de Mossoró.

Importa registrar que os recursos do contrato acima referenciado são oriundos de contrato de empréstimo contraído perante organismo financeiro internacional, a saber o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento - BIRD - Grupo Banco Mundial, instituição esta que fora criada por intermédio da Convenção Internacional de *Bretton Woods*, que dentre algumas medidas, criou o Fundo Monetário Internacional e o próprio BIRD.

Desta forma, tendo em vista que o Brasil foi signatário da referida convenção, internalizando-a em nosso ordenamento jurídico por meio da ratificação empreendida pelo Decreto-Lei nº 8.479/45[1] e promulgado mediante o Decreto nº 21.177/46, suas normas foram incorporadas pelo ordenamento jurídico pátrio, com *status* de lei ordinária, sendo que há dentre essas normas a previsão relativa à contratação de empréstimos e doações, no âmbito dos quais deverão ser aplicadas as normas e procedimentos editados pelo organismo internacional, o que tem o condão de afastar a aplicação de dispositivos da Lei nº 8.666/93, muito embora não possa afastar a incidência de normas e princípios encartados na Constituição Federal, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[2] e do Tribunal de Contas da União[3] , cujos entendimentos serão expostos ao longo da fundamentação deste voto.

Ainda neste contexto, é oportuno esclarecer que para que seja concedido o financiamento pelo BIRD, este organismo exige que sejam estritamente satisfeitas suas próprias regras (*guidelines*), inseridas nos acordos respectivos, para a execução integral do projeto financiado, o que denota igualmente a sua observação na realização dos certames licitatórios. A Lei 8.666/93, no artigo 42, §5º, autoriza a adoção de regras

[1] Os Decretos-Leis, como fonte de norma legal, deixou de ser editado na atual ordem constitucional. Tais diplomas eram elaborados pelo Chefe do Poder Executivo e possuíam força de lei, inclusive com eficácia imediata. Posteriormente, os termos do decreto eram submetidos ao Poder Legislativo. Após a edição do Decreto-Lei nº 8.749/45, o Congresso Nacional, ao exercer a sua atribuição quanto à análise da Convenção sobre o BIRD, incorporou igualmente o seu conteúdo ao ordenamento jurídico pátrio. Em arremate, o Poder Executivo editou o Decreto nº 21.177/46, ratificando o texto internalizado pelo Congresso Nacional.

[2] RMS 14.579/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 265 RDR vol. 41, p. 289.

[3] Processo nº 28.518/2014-4. Acórdão nº 1866/2015. Ata n° 30/2015 – Plenário. Data da Sessão: 29/7/2015 – Ordinária.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

próprias para as licitações, se esta condição for exigida por organismo internacional financiador do projeto, do qual o Brasil seja membro, o que é justamente o caso dos autos.

Feitas estas considerações, que serão revisitadas mais adiante no presente voto, passo a tecer mais alguns apontamentos de como se dará o enfrentamento das questões pendentes de apreciação em sede cautelar.

Com efeito, a efetiva comprovação das irregularidades apontadas e a indicação dos agentes públicos responsáveis (se for o caso) são questões afetas ao mérito, cujo exame terá espaço após a instauração do devido processo legal – em respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse desiderato, desde já aponto que a análise das questões no presente voto se voltará aos pontos controvertidos da instrução que guardem direta relação com o pleito cautelar, de modo que os temas eventualmente não aprofundados serão objeto de exame em cognição exauriente, ou seja, quando do julgamento do mérito final.

Assim pautada, a análise ora requerida é de natureza perfunctória, em juízo de cognição sumária, com vistas a averiguar a presença no caso concreto do *fumus boni juris* e do *periculum in mora.*

Passemos ao exame da matéria.

O poder geral de cautela dos Tribunais de Contas é tema assente no Supremo Tribunal Federal, que já referendou sua constitucionalidade, enquanto prerrogativa implícita ao exercício de seu papel fiscalizatório conferido pela Carta Magna, conforme precedentes gerados nos processos MS 24510/DF e MS 26547/DF.

Sobre o tema, convém registrar as lúcidas palavras do Ministro Celso de Mello:

> "(...) o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Alta Corte, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República.
>
> Isso significa que a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

> Fundamental da República, supõe que se reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a possibilidade de conceder provimentos cautelares vocacionados a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário".

Assim, não remanesce dúvida quanto à legitimidade da presente atuação, inclusive com previsão específica em norma resolutiva deste Tribunal, a saber, o parágrafo único do art. 6º da Resolução nº 009/2011-TCE.

Tanto no processo civil quanto no controle externo, a medida cautelar tem como escopo a proteção de um bem jurídico que eventualmente esteja sob ameaça.

Nos termos do art. 120 da Lei Complementar Estadual nº 464/12, a tutela cautelar no Tribunal de Contas visa proteger o Erário quando houver *"fundado receio de grave lesão ao patrimônio público ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito".*

A concessão de medida cautelar em caráter liminar requer a congregação de dois requisitos, designados *fumus boni juris* e *periculum in mora.*

O primeiro consiste na pertinência jurídica da matéria, apreciada em juízo de cognição sumária, ou seja, com base numa análise ainda superficial e preliminar; o *"perigo da demora"*, por sua vez, denota a urgência da medida, a fim de evitar um dano iminente ou em curso.

Pois bem. Firmados tais conceitos, passo a analisar todos os pontos controversos do presente caderno processual. Para facilitar a compreensão da matéria, igualmente abordarei os temas por assuntos, assim como feito pelo Corpo Técnico, quando classificou suas considerações entre as letras "a" a "l", tal como postas no relatório deste voto.

a) Falha no processamento da impugnação da empresa Porto Belo Engenharia e Comércio Ltda, por parte da Comissão de Licitação. Fixação de prazos máximos de execução das parcelas de maior relevância;

b) Exigência acerca da experiência na construção de obra hospitalar para as parcelas de maior relevância. Impugnação da empresa A. Gaspar S.A;

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

De início, pontuo que farei a análise conjunta dos itens “a” e “b” pois se assemelham na fundamentação.

Como se percebe da leitura do feito, foram realizadas diversas publicações de aviso de licitação e reaprazamento, decorrendo praticamente um ano entre a divulgação do primeiro edital e a sessão da abertura das propostas. Neste meio termo, foram realizadas diversas modificações no edital, seja pela complexidade da obra ou pelas correções e ajustes recomendados pelo BIRD (Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento), dado tratar-se de obra integrante do Projeto Governo Cidadão, cujos recursos são oriundos de operação de crédito externo com a referida instituição bancária internacional.

Além das alterações supracitadas, ocorreram impugnações aos termos editalícios por algumas das empresas interessadas em participar do certame, o que foi o caso das empresas Porto Belo Engenharia e Comércio Ltda e Construtora A. Gaspar S/A, quando a primeira questionou o edital ao alegar a indevida fixação de prazos máximos de execução das parcelas de maior relevância e a segunda refutou o estabelecimento de que o licitante apresentasse experiência na construção de obra hospitalar para o item de maior relevância.

Em sua manifestação sobre o pleito cautelar, o jurisdicionado alegou que por se tratar de obra contratada com recursos do Banco Mundial, o edital foi previamente submetido à referida instituição, que requereu como condição da expedição de não objeção a inserção de prazos de execução das parcelas de maior relevância, bem como a especificidade de execução de obra hospitalar também para os itens de maior relevância. Ainda nesse sentido, informou que a fixação de prazos nas parcelas de maior relevância não retira da licitante a possibilidade de fazer o serviço no prazo apontado pelo cronograma físico-financeiro que propuser, de maneira que as parcelas de maior relevância servem tão somente para verificar a experiência do licitante (meio de aferir sua capacidade técnica).

Ocorre que o Corpo Técnico descreveu em sua intervenção que o julgamento da referida impugnação por parte da comissão de licitação apenas afirmou que tratava-se de um modelo padrão adotado pelo Banco Mundial para o tipo de licitação empreendida e que esta exigência não se revelava excessiva. Ou seja, o Corpo Técnico asseverou que a comissão, ao julgar improcedente as impugnações, não adentrou especificadamente no mérito das questões levantadas pelas empresas.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

De fato, os elementos indicam que foi elaborada resposta sem o devido embasamento por parte da comissão de licitação ao julgar improcedente a impugnação por parte de empresas interessadas na participação do certame, uma vez que a comissão não enfrentou adequadamente o mérito das questões suscitadas pelas empresas.

Por outro lado, entendo que esta falha, por si só, não fundamenta a concessão da medida cautelar pleiteada, sendo que deverá ser objeto de apreciação no julgamento do mérito do presente caderno processual.

Quanto ao fundamento em si da impugnação das empresas, as mesmas se deram na alegação da indevida fixação de prazos máximos de execução das parcelas de maior relevância e estabelecimento de que o licitante apresentasse experiência na construção de obra hospitalar para as referidas parcelas.

Ao se pronunciar após a manifestação prévia do órgão de origem, a COPCEX asseverou que a existência de prazo de execução das parcelas de maior relevância e exigência de experiência em obras hospitalares restringiria a competitividade, fundamentando sua afirmação no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações.

Ocorre que após analisar detalhadamente os autos, verifico que, o *e-mail* situado às fl. 395/396 do documento apensado no evento nº 20, enviado pelo BIRD à Unidade Gestora do Projeto (UGP) em 10/06/2016, indica que o Banco solicitou, de fato, a alteração do edital (folha de dados - INSTRUÇÕES AOS CONCORRENTES - IAC - Item 4.5 "e") quanto aos pontos questionados, a saber a fixação de prazo para parcelas de maior relevância e especificidade de execução de obra hospitalar para as referidas parcelas.

Quanto a este aspecto, não vislumbro qualquer ilegalidade ou restrição ao caráter competitivo ao se adotar no edital tais condições para a participação do certame, sendo certo que as referidas exigências não são ilegais ou desprovidas de razoabilidade, pois ao se considerar o objeto licitado, qual seja a construção do hospital regional da mulher, factível a exigência de prazos para execução das parcelas de maior relevância em obras de projeto hospitalar, conforme posto no item 4.5 “e” dos dados do edital (DDE).

Penso que, se a Unidade Gestora do Projeto recebeu orientação expressa no sentido de inserir tais condições no Edital por parte do BIRD, isto se deu em razão da experiência que a referida instituição possui em centenas, talvez até milhares de obras por si custeadas no Brasil ou em outros Países.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

Registro que não se está aqui a advogar que esta Corte de Contas não poderia discordar do entendimento defendido pelo BIRD, mas entendo que, para tanto, necessário que se tenha elementos de convicção consistentes que apontem para violação do princípio do julgamento objetivo e/ou de outros princípios constitucionais que regem o processo de contratação, o que, sob a minha ótica, não ocorreu neste caso específico.

Portanto e com a devida vênia, reputo como desacertada a alegação de que houve violação ao art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei de Licitações, ao se apontar restrição indevida ao caráter competitivo do certame em razão das referidas exigências.

Há de se lembrar que em se tratando de obra a ser contratada mediante recursos provenientes de crédito externo, descreve o art. 42, §5º da Lei nº 8.666/93[4] que se admite a adoção das normas e procedimentos dos entes financiadores, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por eles exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação.

Neste sentido colaciono julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO INTERNACIONAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DA ISONOMIA ENTRE OS CONCORRENTES. ART. 42, § 5º DA LEI N. 8.666/1993.
> 1. Em se tratando de concorrência pública internacional com recursos provenientes de agência estrangeira, a legislação pátria admite a inserção de exigências diversas daquelas previstas na Lei Geral das Licitações. Dessa forma, não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre os concorrentes a necessidade de comprovação de requisitos de capacitação técnica e financeira estabelecidos por instituição internacional como condição para a aprovação do financiamento. Inteligência do art. 42,§ 5º,da Lei n. 8.666/1993.

[4] Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.§ 5oPara a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

> 2. Recurso ordinário não-provido.
> (RMS 14.579/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2005, DJ 10/10/2005, p. 265 RDR vol. 41, p. 289).

Na doutrina, o escólio de Rafael Wallbach[5] afirma que a realização de licitações mediante a aplicação de regras contidas em acordo, protocolos, convenções e tratados não deriva propriamente do disposto no artigo 42, § 5º, da Lei 8.666/1993, mas do fato de que, se devidamente aprovados pelo Congresso Nacional e promulgados pelo Presidente da República, passam a fazer parte da ordem jurídica nacional, com status de lei ordinária (art. 49, inc. I, da CF).

Por sua vez, o festejado doutrinador Marçal Justen Filho leciona[6]:

> "Se existirem normas de direito internacional público, provenientes de tratados internacionais ratificados pelo Congresso Nacional, elas se integrarão no direito interno. Devem, ademais, ser consideradas as formulações políticas e de direito internacional. O edital deverá respeitar tratados e convenções internacionais vigentes no Brasil, assim como decisões proferidas no plano do direito internacional público.
>
> Admite-se a adoção de outros critérios de julgamento, além do menor preço, quando a licitação se relacionar com recurso de organismos estrangeiros. Na medida em que esses organismos tenham previstos critérios específicos para julgamento das propostas, será possível escapar ao modelo da Lei nº 8.666, desde que o edital dispusesse minuciosamente sobre o tema. Isso não significa, obviamente, autorização para superarem-se os princípios norteadores da atividade da Administração Pública. Quanto a isso, nem a própria Constituição Federal poderia promover uma renúncia incompatível com o princípio da República. O art. 42, §5º, significa que podem ser alteradas as regras acerca de procedimento licitatório, prazos, formas de publicação, tipos de licitação, critérios de julgamento etc. Não é possível eliminar os princípios inerentes à atividade administrativa (inclusive aqueles relacionados a direitos

[5] SCHWIND WALLBACK, Rafael. Licitações Internacionais; 2013, pp. 79-80.

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 2012, p. 676.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

> dos licitantes), mas podem ser adotadas outras opções procedimentais e praxísticas".

Dessa maneira, em caso de aparente conflito, sem que exista ofensa à Constituição Federal, envolvendo somente a Lei de Licitações e as diretrizes do BIRD, penso que estas devem prevalecer.

A respeito deste tema, trago precedentes do Tribunal de Contas da União:

> CONSULTA FORMULADA POR MINISTRO DA FAZENDA. CONHECIMENTO. LICITAÇÕES INTERNACIONAIS. INCOMPATIBILIDADE DAS REGRAS LICITATÓRIAS DO BIRD COM O § 4º DO ART. 42 DA LEI 8.666/1993. PREVALÊNCIA DAS PRIMEIRAS, CONFORME § 5º DO ART. 42 DA LEI 8.666/1993. RESPOSTA AO INTERESSADO. ARQUIVAMENTO.
> VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se examina consulta a respeito da correta aplicação dos §§ 4º e 5º do art. 42 da Lei 8.666/1993.
> ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992 c/c os arts. 169, inciso V, e 264, inciso VI, do Regimento Interno do TCU e ante as razões expostas pelo Relator, em:
> 9.1. conhecer da presente consulta;
> 9.2. responder ao consulente, que:
> **9.2.1. o art. 42, § 5º, da Lei 8.666/1993 possibilita a realização de licitação com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou instituição financeira multilateral de que o Brasil seja parte, que obedeça às condições previstas em acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, a exemplo dos procedimentos descritos no subitem 2.21 das Diretrizes de Aquisições do Banco Mundial, consoante redação constante da versão de janeiro de 2011; e**
> **9.2.2. atendidos todos os pressupostos previstos no art. 42, § 5º, da Lei 8.666/1993 para que possam ser admitidas as condições previstas pelas entidades ali mencionadas quanto ao**

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

> **critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública Federal, o § 4º do art. 42 da mesma lei poderá ter sua aplicação afastada, caso seja incompatível com as regras estabelecidas por essas entidades, exceto se tais regras implicarem em inobservância de princípios da Constituição Federal brasileira relativos a licitações públicas;**
> 9.3. encaminhar cópia desta decisão, acompanhada do relatório e do voto que a fundamentam, ao atual Ministro de Estado da Fazenda e às Centrais Elétricas Brasileiras S.A.; e
> 9.4. arquivar os autos e encerrar o presente processo.
> Processo nº 28.518/2014-4. Acórdão nº 1866/2015. Ata n° 30/2015 – Plenário. Data da Sessão: 29/7/2015 – Ordinária. Rel: Min. José Múcio Monteiro.
> Grifei.

Na consulta acima referenciada, julgada pelo Tribunal de Contas da União,restou permitida a aplicação da diretriz do BIRD em detrimento da disposição encartada no art. 42, §4º da Lei de Licitações, que trata da exigência, para fins de julgamento da licitação, das propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serem acrescidas dos gravames conseqüentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda.

Ainda quanto ao julgamento da referida consulta, destaco que o relator, Min. José Múcio Monteiro, em trecho do voto, destacou que *"sobre o tema da consulta, que remete às situações de conflito entre as regras licitatórias desses organismos e as da legislação brasileira, o Tribunal tem jurisprudência dominante no sentido de que as primeiras devem prevalecer, desde que sejam observados o princípio do julgamento objetivo e os demais princípios de ordem Constitucional aplicáveis aos certames"*.

Seguindo nesse contexto, friso que, se fosse constatado por este Relator que alguma prática ou norma da instituição financeira internacional estaria conflitando frontalmente com os enunciados da Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 37, inciso, XXI[7], não remanesceriam dúvidas quanto à prevalência da Lei Maior, por força do PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO.

[7] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de 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.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

Desta forma, reputo como válida a orientação emanada do BIRD ao solicitar a adequação do edital para contemplar, no item referente às parcelas de maior relevância, a fixação de prazo e especificidade de obras de natureza hospitalar, pois entendo restar resguardada a busca pela seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Por fim, quanto à alegação do Corpo Técnico e Ministério Público de que tais premissas constituem cláusulas discriminatórias, pois teria limitado o número de participantes em virtude da qualificação requerida, observo que a instrução não revelou nenhuma prova de eventual favorecimento de determinadas empresas, detalhe este que reforça a convicção deste Relator de que inexistiu violação à legislação.

c) Falhas na formulação do edital e ausência de planejamento;

Em sua intervenção inicial, o Corpo Técnico anotou que os diversos adiamentos, suspensões e reaprazamentos da licitação, em sua maioria por motivos de pedidos de esclarecimentos e/ou impugnações de empresas interessadas, que reclamaram sobre exigências do Edital, dúvidas técnicas sobre o projeto, ausência de projetos e seus detalhamentos, e até erros e omissões nos mesmos que refletiriam no orçamento da obra, deixam evidente a grande quantidade de itens do Edital e do projeto básico com falhas em sua formulação, denotando pouca atenção ao planejamento.

Por sua vez, a Unidade Gestora do Projeto (UGP) se defendeu no sentido de que a complexidade da obra e as frequentes alterações impostas pelo Banco Mundial levam obviamente à necessidade de adiamento do certame para a necessária adequação.

Assim como reafirmado acima acerca do item “a”, entendo igualmente que a presente controvérsia deve ser analisada no julgamento de mérito, pois o fato não guarda qualquer relação com indicativo de dano ao erário ou outro elemento relacionado diretamente ao pleito cautelar e, portanto, entendo que se refere à discussão a ser apreciada em momento posterior, em juízo de cognição exauriente.

d) Alteração de quantitativos e itens de serviços no orçamento inicial sem a juntada desta informação nos autos ou no novo aviso de licitação;

O Corpo Técnico desta Corte descreveu que houve, no último edital divulgado, a alteração de quantitativos e itens de serviços no orçamento inicial, que repercutiram em novo valor de referência para a obra (de R$ 51.099.137,50 para R$ 59.996.952,19), sem que houvesse a juntada de qualquer documentação no processo que

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

formalizasse tais modificações, nem mesmo o próprio "Aviso de Reaprazamento de Licitação", o último editado, teria destacado tão relevante informação.

Em sua manifestação acerca da cautelar, o jurisdicionado afirmou que o edital com o novo valor de referência foi disponibilizado em 03/08/2017, quando da publicação do aviso de reaprazamento da licitação por meio da *internet*.

Em uma manifestação complementar, o órgão de origem reconheceu que o edital impresso e disponibilizado no processo foi o pretérito e que fora retificado posteriormente, considerando-o como não mais válido. Se alegou que este fato isolado não gera qualquer indicativo de falha material, mas somente uma falha formal, pois o edital com o valor correto foi disponibilizado aos licitantes de forma válida.

Na sua intervenção conclusiva sobre a cautelar, o Corpo Técnico (Comissão de Operação de Créditos Externos - COPCEX) discorreu que a disponibilização do edital no site do Projeto não exime a irregularidade apontada pela COPCEX quanto a não inclusão da documentação pertinente no processo administrativo, razão pela qual a referida comissão afirmou que o valor a ser considerado como de referência/orçamento é o de R$ 51.099.137,50. Tendo em vista que ao final do certame o contrato fora celebrado por R$ 53.931.634,38, o Corpo Técnico anotou que esta diferença configuraria sobrepreço.

Apesar da correta indicação da COPCEX, que consiste em potencial irregularidade, o fato do edital correto não se encontrar posto nos autos – fato este que denota falha formal e deve ser apreciado no julgamento de mérito deste feito – peço vênia para discordar da referida comissão quando descreve a existência de sobrepreço, quando se compara o valor de referência da licitação e o contrato celebrado após a conclusão do certame.

Ora, se reconheceu expressamente que o último edital publicado teve como valor de referência a quantia de R$ 59.996.952,19. Para corroborar com esta informação, houve diligência por parte deste Relator ao efetuar o "*download*" do edital através do endereço eletrônico do jurisdicionado e, de fato, o valor de referência do mesmo é de R$ 59.996.952,19 (página 77), o que elimina a discussão de sobrepreço, pois o contrato celebrado foi de R$ 53.931.634,38, inexistindo assim qualquer possibilidade de se equiparar como "sobrepreço" uma possível falha formal de se deixar de anexar ao processo administrativo o edital que efetivamente foi disponibilizado aos licitantes interessados.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

A discussão posta neste tópico, ao nosso ver, não é suficiente para acolhimento do pleito cautelar. A controvérsia deve ser analisada no mérito do julgamento, onde se discutirá se o fato do edital impresso no processo físico, destoando daquele disponibilizado pela *internet* aos licitantes, pode gerar irregularidade formal.

e) Último "Aviso de Reaprazamento de Licitação" com prazo de apenas 19 dias para apresentação de propostas;

Em suas considerações iniciais, o Corpo Técnico desta Corte descreveu que o prazo concedido no reaprazamento da licitação para recebimento de novas propostas era exíguo, frente às alterações realizadas nos projetos e orçamento da obra, cujo valor de referência foi alterado para R$ 59.996.952,19 (acréscimo de mais de 17%), além de aduzir que houve desrespeito ao disposto no art. 21, §2º, inciso I, alínea "b" e §4º, da Lei de Licitações, que impõe o prazo de 30 dias para republicação do certame (ou seja, o seu prazo original) quando de qualquer modificação substancial do edital.

A Unidade Gestora do Projeto (UGP) asseverou a regularidade da conduta, ao justificar que o prazo a ser observado não é o da lei de licitações, mas sim o das diretrizes estabelecidas pelo Banco Mundial. Nesse compasso, a UGP considerou que o prazo de 30 dias previsto no manual operativo do projeto é aplicável para a publicação do edital e não para a publicação de alterações editalícias, como aduz ser o caso em tela.

Quanto ao aparente conflito das normas do Banco Mundial e a Lei de Licitações, creio que inexiste a necessidade de revisitar a fundamentação já elaborada acima no presente voto, por onde pontuei que, havendo possível discrepância entre a legislação nacional infraconstitucional e as normas e procedimentos do ente financiador internacional, estas prevalecem, desde que não se vislumbre qualquer violação à Lei Maior.

Voltando ao tema em específico, entendo que a última republicação do edital, com alteração do valor do orçamento da obra e mediante fixação do prazo de 19(dezenove) dias para recebimento de propostas não caracteriza irregularidade, posto que o próprio certame já estava sendo anunciado (antes dos reaprazamentos pretéritos) há praticamente um ano, de modo que o mercado da construção civil e possíveis empresas interessadas já tinham pleno conhecimento dos termos do Edital e do projeto, cujos quantitativos alterados representaram uma alteração da ordem de 17% do seu valor anterior, razão pela qual não entendo como prejudicial ao certame o estabelecimento do referido prazo.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

Ademais, não se tem notícia no presente feito de que houve impugnação de qualquer empresa interessada no certame acerca do estabelecimento do referido prazo, sendo certo que a sessão de abertura de propostas demonstrou efetiva competição, mediante comparecimento de 04 (quatro) empresas proponentes.

Por derradeiro, não se pode ignorar ainda que quando da não-objeção emitida pelo Banco Mundial, esta própria instituição deixou o prazo para recebimento de novas propostas a cargo da UGP (fl. 409 do apenso do evento nº 20), o que comprova o entendimento do BIRD acerca da inexistência de prazo determinado no manual operativo para o caso em tela.

f) Ausência de considerações, por parte da equipe de engenharia do Projeto, quanto à reavaliação do item 4.5 (b) do Edital (Volume anual médio, de obras, de R$ 25 milhões nos últimos 05 anos), alvo único da primeira diligência realizada pela Comissão de licitação;

i) Flexibilização indevida dos critérios utilizados para a avaliação da capacidade técnica das licitantes;

l) A Comissão de Licitação não poderia promover a classificação, ou desclassificação, de empresas em descompasso com a avaliação técnica da equipe de engenharia do Projeto;

Considerando a similitude de fundamentação, passo a fazer a apreciação conjunta dos pontos controversos descritos nos itens “f”, “i” e “l”, pois se complementam.

Como dito acima, compareceram 04 (quatro) empresas na sessão de recebimento e abertura de envelopes. Ao se analisar as propostas, verificou-se, inicialmente, que todas as empresas não atendiam aos critérios relativos à avaliação exigida no item 4.5 (b) do Edital, que requer um volume anual médio, de obras, de R$ 25 milhões nos últimos 05 (cinco) anos.

Conforme descreve a COPCEX, a análise inicial específica deste item foi realizada pelo Setor de Engenharia da Unidade Gestora do Projeto (UGP), mediante análise do “Modelo B: Relação de contratos Executados”, consoante o anexo IV do edital, que traz os formulários padrões e informações relativas à qualificação dos concorrentes.

No referido modelo, se exigiu o número do registro da obra no CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia) e a inclusão do número da respectiva

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

ART (Anotação de Responsabilidade Técnica de Obras e Serviços), detalhes estes que motivaram a submissão desta análise ao Setor de Engenharia da UGP para apreciação das propostas das licitantes.

Na orientação exarada pelo BIRD, se recomendou que o referido item de qualificação deveria ser comprovado por intermédio do Balanço da empresa, com análise direta por parte da comissão de licitação, o que, de fato, veio a ocorrer após a UGP diligenciar as 04 (quatro) empresas participantes.

Quanto a este ponto, anuo com a análise técnica da COPCEX e pronunciamento do Ministério Público de Contas, pois se verificou que no curso da reavaliação desse item específico, foram flexibilizados alguns dos critérios de avaliação, sem que, contudo, fosse oportunizado aos demais interessados no certame, através da publicidade adequada, a demonstração de interesse e/ou preenchimento das novas regras para participação, em afronta direta ao princípio da isonomia.

Ocorre que em casos como o que se apresenta, a solução convencional seria a expedição de determinação para que o gestor responsável promovesse a anulação do contrato (já que esta Corte não detém competência legal para realizar a sustação direta do contrato, consoante descreve o art. 1º, VIII, da LCE nº 464/12[8], seguindo a orientação/simetria da Constituição Federal – art. 71, §1º) ante o reconhecimento da nulidade e a reabertura do procedimento licitatório por completo, dado tratar-se de irregularidade insanável com a incidência do art. 49, §2º da Lei de Licitações, segundo o qual *"a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei".*

Entretanto, o transcurso do lapso temporal entre o início das obras e a presente data nos leva à necessária reflexão acerca da possibilidade de se modular os efeitos dessa declaração de nulidade. Explico.

A respeito do tema dos atos administrativos declarados nulos, importante colacionar os ensinamentos do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação

[8]Art. 1º O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:
VIII - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão ao Poder Legislativo, exceto no caso de contrato, cuja sustação será adotada diretamente pelo Poder Legislativo;

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé. (Curso de Direito Administrativo, 30ª ed., 2013, p. 487)".

"(...) Nos casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, já desenvolveu atividade dispendiosa, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feita, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

Em hipóteses desta ordem, se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato fulminado, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. (...) Com efeito, se o ato administrativo era invalido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. (Curso de Direito Administrativo, 30ª ed., 2013, p. 489).

No âmbito desta Corte de Contas, já tive, inclusive, a oportunidade de explorar o tema relativo à aplicação, aos atos administrativos, da modulação dos efeitos da declaração de nulidade. Me refiro à proposta de voto que originou o Acórdão de nº 422/2016 – TC, proferido em 15/12/2016 pela 1ª Câmara deste Tribunal, da qual transcrevo a seguir parte da fundamentação:

Como melhor solução para o interesse público, muitos doutrinadores defendem a modulação dos efeitos temporais do reconhecimento da invalidade de atos administrativos viciados, como podemos verificar no exemplo abaixo:

'Não é o benefício ou malefício gerado pelo ato nem a boa ou má-fé do administrado, isoladamente considerados, que impõem a retroatividade ou irretroatividade da invalidação, mas a análise do conjunto de circunstancias fáticas e jurídicas. São relevantes, dentre outros fatores, o tempo decorrido e os efeitos gerados pelo ato, ou melhor,

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

> o número de relações jurídicas por ele instituídas. (...) A ponderação pode exigir ou facultar a retroatividade *ex nunc e ab initio, extunc e não ab initio, ex nunc ou pro futuro*. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo, 2008, p. 48)'

Convém mencionar que a modulação dos efeitos temporais é um instituto que não se amolda exclusivamente às decisões relativas à declaração de (in)constitucionalidade de atos normativos ou administrativos. A utilização do instituto cabe perfeitamente nas decisões relativas ao controle da legalidade dos atos administrativos quando, em homenagem aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, a modulação se mostrar necessária à viabilização da solução de melhor atenda ao interesse público. Como exemplo da defesa dessa tese na doutrina e na jurisprudência, cito o artigo intitulado "Modulação Temporal in Futurum dos Efeitos da Anulação de Condutas Administrativas", publicado pelo Doutor em Direito e Professor de Direito Administrativo, Rafael Maffini, na Revista do Instituto do Direito Brasileiro, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 1 (2012), nº 9, além da decisão proferia pelo TCU por meio do Acórdão nº 2745/2012 – Plenário, assim ementado:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DE DETERMINAÇÃO DO TRIBUNAL EXPEDIDA EM PROCESSO DE REPRESENTAÇÃO ACERCA DA FIGURA DO CARONA EM ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. IMPUGNAÇÃO QUE BUSCA A FIXAÇÃO DE PRAZO A PARTIR DO QUAL DEVE PRODUZIR EFEITOS A DECISÃO DO TRIBUNAL. CONHECIMENTO. PROVIMENTO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. VEDAÇÃO À APLICAÇÃO RETROATIVA DE NOVA INTERPRETAÇÃO. MODULAÇÃO PRO FUTURO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO TCU. PRECEDENTES".

Portanto, em alguns casos, a declaração de nulidade do contrato pode importar em severo comprometimento do interesse público primário, como é a hipótese dos autos. O objeto licitado e já no curso da sua execução é a construção de um hospital regional de referência para o Município de Mossoró, cuja abrangência alcança toda a

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

região do oeste deste Estado, fato que, isoladamente, já denota a importância social da referida obra para a promoção da saúde da população.

Sendo assim, não pode esta Corte de Contas fechar os olhos para o potencial risco de perda integral da mesma, vez que eventual reinício do certame, por completo, certamente comprometeria o cronograma estabelecido com o BIRD para a finalização das obras, pois o referido organismo internacional só permite o custeio de obras e serviços cuja entrega se realize no curso do contrato de empréstimo.

Portanto, ao se considerar a complexidade da obra e a iminência do término do prazo contratual do empréstimo, previsto para maio de 2019, a declaração de nulidade traria sérios riscos para o financiamento da obra, considerando que, costumeiramente, o BIRD apenas aceita prorrogações quando o objeto financiado já alcançou patamar elevado de execução ao final do prazo anteriormente contratado.

Tal fato, aliado à constatação de que o Estado atravessa grave crise financeira, o que o impede de custear com recursos próprios a execução de uma obra de tamanha magnitude, gera o risco de mais um elefante branco, sendo importante ainda destacar o impacto que o erário estadual teria com eventuais indenizações pleiteadas pela empresa contratada em relação aos serviços já executados e custos de desmobilização, obrigações estas que se encontram previstas no art. 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93[9]. Sobretudo porque, ao menos no atual estágio da instrução processual, nenhuma das falhas que dariam causa à nulidade podem ser atribuídas à empresa contratada.

Em que pese, portanto, o reconhecimento da grave irregularidade acima relatada, compreendo que a declaração da nulidade do contrato seria mais prejudicial do que a sua continuidade, considerando ainda que o reinício do certame já demandaria a necessária atualização dos valores de referência, o que potencialmente levaria a uma contratação com valor mais elevado.

Importa aqui ainda consignar que já foi devassado o sigilo das propostas, o que certamente traria prejuízos à efetiva competição em caso de reabertura da licitação e, inclusive, poderia resultar no aumento significativo do valor do novo contrato.

[9] Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

Ressalta-se também que, ainda que seja forçoso reconhecer que pode ter havido impacto na seleção da proposta mais vantajosa, houve algum nível de competição, considerando que se obteve 4 (quatro) propostas no certame.

Outrossim, vale trazer à baila a discussão afeta à incidência do que se convencionou chamar de perigo inverso da demora, utilizado como fundamento para possibilitar a revogação de medidas cautelares no âmbito do ilustrativo precedente do Tribunal de Contas de Minas Gerais:

> AGRAVO. SUSPENSÃO LIMINAR DE LICITAÇÃO. PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO. CONFIGURAÇÃO DE PERICULUM IN MORA INVERSO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR.
> Havendo notícias de que a suspensão liminar tem causado à população local prejuízos maiores do que benefícios, deve-se revogar a medida cautelar, uma vez que o *periculum in mora* que subsidiou a paralisação da licitação tornou-se menos significativo do que o *periculum in mora* inverso decorrente da manutenção da suspensão do certame. (TCE-MG, AGRAVO N. 977744. Referência: Decisão proferida no Edital de Licitação n. 977511, referendada pelo Tribunal Pleno na sessão de 06/04/16, que suspendeu a Concorrência Pública n. 11/15. Rel: Cláudio Couto Terrão).

Por fim quanto a este aspecto do perigo inverso da demora, não se pode ignorar que o próprio Poder Judiciário deste Estado enfrentou o tema, ao permitir a continuidade da obra em tela.

As decisões judiciais envolvendo o certame derivam do ajuizamento do Mandado de Segurança de nº 0800002-75.2018.8.20.000 por parte de uma das empresas licitantes e do Pedido de Suspensão de Liminar nº 0802104-70.2018.8.20.0000 formulado pelo Estado do Rio Grande do Norte.

Nos autos do mandado de segurança, houve decisão liminar ordenando a suspensão do certame e qualquer ato administrativo tendente à contratação da empresa declarada vencedora. As razões de pedir do citado *mandamus* e encampadas pelo Relator,se lastreavam na suposta irregularidade de adjudicação do contrato, ao se alegar

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

que o referido ato foi realizado mesmo com pendência de julgamento de recurso administrativo apresentado por empresa desclassificada do certame.

Já nos autos da suspensão da segurança apresentada pelo Estado do RN em face da decisão liminar proferida no referido remédio constitucional, foi levantada a tese do *"periculum in mora reverso"*, sendo argumentado, para tanto, que *"a suspensão do contrato gerará grave dano ao Erário e a saúde pública estatal, a qual já se encontra em situação de calamidade pública devidamente reconhecida através dos Decretos Estaduais nº 26.988/2017 e 27.567/2017"*. De acordo com o gestor responsável, essa situação *"foi expressamente reconhecida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte"*.

De fato, o Presidente da Corte de Justiça Potiguar enfrentou o tema ao discorrer, em sua fundamentação:

> "Depreende-se que a referida ordem judicial, ao determinar a suspensão do procedimento licitatório, cujo resultado já foi homologado e adjudicado (fl. 411), concretamente, obsta a consecução de obra já em andamento, conforme se observa dos documentos colacionados aos autos.
>
> Não se descuida da legitimidade de tal óbice advir de ordem judicial, todavia, no caso específico, é possível observar que esta paralisação, considerando que já foi firmado contrato com a empresa vencedora da licitação e já se deu início às obras, com instalações de escritórios, refeitórios, dependências de pessoal, equipamentos, máquinas, pessoal administrativo e de campo em número tal para a conclusão da terraplanagem e execução das fundações, traz ao Estado do Rio Grande do Norte impacto financeiro negativo de grande monta.
>
> Conforme se extrai dos autos deste Pedido de Suspensão, as despesas com desmobilização e remobilização restam orçadas em R$ 1.450.000,00 (um milhão quatrocentos e cinquenta mil reais) (fls. 45-46). Somado a isso, tem-se ainda o risco de se configurar hipótese para reajuste nos preços firmados no contrato, haja vista que, nos termos postos pelo requerente, há

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

previsão destes quando ultrapassados 12 meses da data da apresentação da proposta.

Acrescenta-se a esse prejuízo também, o risco de se inviabilizar todo o financiamento da obra feito junto ao Banco Mundial – Acordo de Empréstimo nº 8276-BR – com final previsto para maio de 2019, o que adquire maior vulto quando se avalia a natureza de seu objeto, a saber, Hospital de grande porte que visa atender à saúde, área que se encontra em estado de calamidade pública (Decreto nº 26.988/2017 e Decreto nº 27.567/2017 – fl. 33-38)".

Ademais, estaria o requerente suscetível a suportar, imediatamente, afetações de ordem econômica e administrativa, considerando que o processo licitatório já foi ultimado, com reflexos diretos em investimento direcionado à saúde, em contraponto ao mandamus fundado em suposta dependência de exame de recurso administrativo, o que se mostra, no presente juízo político-administrativo, desproporcional.

(…)

Como fundamento para referida contracautela tem-se demonstrado o risco de lesão grave à ordem pública administrativa, pois os efeitos da decisão objeto deste incidente interfere em contrato já firmado, com obras já em andamento, e possivelmente em Acordo de Empréstimo firmado pelo Ente Estatal com o Banco Mundial; à ordem financeira, na medida em que impõe despesas elevadas ao Estado, que passa por clara crise econômica; à saúde pública, que, atualmente, estando em estado de calamidade, exige investimento como o realizado na obra objeto da licitação em comento.

Vê-se, pois, na argumentação do requerente, nos limites próprios do Pedido de Suspensão de Segurança, motivo suficiente a sustentar a contracautela perseguida, além da demonstração concreta e cabal de que a eficácia da decisão objeto de tal pleito ocasionaria lesão ao interesse público primário, justificando-se, assim, a medida suspensiva excepcional.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

Considerando todos os fatos acima delineados, tendo ainda em conta que as situações irregulares apontadas pelo Corpo Técnico e pelo *Parquet Especial* devem ser apreciadas no julgamento do mérito do presente caderno processual, reconheço, de forma excepcional e com lastro nos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da razoabilidade, a existência do *periculum in mora* inverso para deixar de acolher o pleito cautelar, já que entendo que o seu deferimento traria mais prejuízos ao interesse público, pelos fundamentos já explanados.

g) Ausência nos autos da documentação mencionada na petição da empresa LOTIL, em atendimento à primeira diligência;

A COPCEX observou que diante da desclassificação de todas as 04 (quatro) empresas licitantes em um primeiro momento, houve diligência formulada pela UGP para que todas estas 04 (quatro) licitantes prestassem esclarecimentos acerca do item 4.5 (b) do Edital.

Ocorre que somente 03 (três) empresas atenderam ao pedido de esclarecimento, sendo que em relação a uma delas – LOTIL - consta do processo somente a petição, sem a respectiva juntada da documentação solicitada na diligência.

Entendo que este fato não guarda relação com a análise em sede cautelar, pois no certame esta empresa teve a sua proposta validada ao final do julgamento, não tendo sido declarada vencedora em razão do valor superior ao da empresa contratada.

h) Situação inconclusiva diante da reanálise do item 4.5 (c);

No edital em epígrafe, o item 4.5 apresenta os critérios de qualificação necessários para a assinatura do contrato, dispondo sobre pontos que as licitantes devem atender como critérios mínimos. A alínea “c” das Instruções aos Concorrentes (Seção I - IAC) indica o seguinte critério:

> *“Experiência como contratado/executor principal na construção de, pelo menos, 2 (duas) obras de natureza e complexidade requerida conforme definido nos DDE nos últimos 10 (dez) anos (para atender a essa exigência, as obras citadas deverão estar com, no mínimo, 70% (setenta por cento) já concluídas”.*

Já o DDE (Dados do Edital – Anexo II) descreve o referido item com clareza:

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

> *"Obras consideradas com a complexidade requerida referem-se a contratos com Valor superior a R$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais)".*

No tocante a duas das quatro empresas proponentes, a saber as empresas CG CONSTRUÇÕES e LOTIL, a COPCEX descreveu que não se mostrou claro o posicionamento da equipe de engenharia do Projeto quanto ao atendimento ou não à exigência acima transcrita do edital.

Entretanto, após a apresentação de manifestação sobre o pleito cautelar, houve a juntada do relatório de avaliação da licitação e recomendação para adjudicação do contrato (fl. 288/376 do apenso do evento nº 20), documento este encaminhado ao BIRD para submissão de revisão prévia.

Quanto à empresa CG CONSTRUÇÕES, a equipe de engenharia descreveu no campo das "observações" (fl. 320 do apenso do evento nº 20) que foram apresentados, após diligência, documentos que, ao meu ver, atendem aos critérios do item em destaque (4.5 - "c"), pois foram exibidos 02 (dois) contratos por parte da empresa que excedem o valor supracitado de R$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), já que o contrato nº 01/2014 foi celebrado no valor de R$ 44.046.641,35 (quarenta e quatro milhões, quarenta e seis mil, seiscentos e quarenta e um reais e trinta e cinco centavos), enquanto o contrato nº 056/2014 possui como valor a quantia de R$ 31.291.080,66 (trinta e um milhões, duzentos e noventa e um mil, oitenta reais e sessenta e seis centavos).

Consta ainda no referido relatório (fl. 334/337 do apenso do evento nº 20) as obras apresentadas pela empresa LOTIL para atendimento do item 4.5 "c", sendo que também se evidencia a apresentação de obras no valor superior ao exigido no certame.

Apesar do setor de engenharia não indicar neste ponto em específico do relatório o atendimento ao requisito exigido, a leitura completa do relatório (fl. 310/340 do apenso do evento nº 20), mais precisamente do seu fechamento, demonstra que a conclusão encartada às fl. 340 do dito apenso indica que ambas as empresas (CG CONSTRUÇÕES e LOTIL) *"atenderam as qualificações técnicas de engenharia do edital"*, dentre as quais, obviamente, se inclui o item 4.5 "c" acima analisado.

Como esposado, não vislumbro a ocorrência de mácula para justificar, neste ponto, a adoção de medida cautelar.

j) Diligência exclusiva realizada pela Comissão de Licitação;

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

O Corpo Técnico, em sua laboriosa intervenção inaugural, que merece todas as homenagens por parte deste Relator em razão da profundidade e qualidade técnica das suas pontuações, descreveu que houve a realização de diligência exclusiva, efetivada pela comissão de licitação, direcionada ao licitante CG CONSTRUÇÕES LTDA. relativamente ao item 4.5 (e) do Edital, especificamente para apresentar comprovação de haver executado os quantitativos do item *"dentro do prazo exigido na tabela do referido item"*, concluindo inicialmente a COPCEX que este fato teria importado em afronta ao princípio da isonomia, posto não ter sido dada igual oportunidade aos demais licitantes.

Ao atravessar manifestação acerca do pedido cautelar, o órgão de origem afirmou que não adiantaria diligenciar as outras licitantes, vez que a outra apta/classificada apresentou maior valor e a que apresentou menor valor já havia sido desclassificada por não cumprir o edital (no quesito da apresentação do balanço especial). Em razão disso, afirmou ser regular a diligência empreendida.

Se pronunciando novamente no caderno processual, a própria COPCEX reconheceu que a diligência, apesar de exclusiva, não maculou o certame, razão pela qual sugeriu a desconsideração da irregularidade originariamente apontada.

Apesar do presente tópico não abordar especificadamente as razões da referida desclassificação de uma das empresas licitantes em virtude da não exibição do balanço especial, entendo pertinente tecer alguns comentários a respeito do tema, já que postos no recurso administrativo apresentado por uma das empresas desclassificadas.

A exigência relatada, a saber a necessidade da apresentação do balanço especial, se encontra embasada na parte da qualificação da situação financeira do certame (item 4.3.2 "c" das instruções aos concorrentes – IAC), redigida da seguinte maneira:

> "Balanços dos últimos 3 (três) exercícios financeiros; caso o último balanço tenha sido efetuado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação de propostas, deve-se complementá-lo com a apresentação de balanço ou balanços especiais, cobrindo todo o período desde a elaboração do balanço até o trimestre anterior à apresentação da proposta.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

A qualificação econômico-financeira, como se sabe, é requisito sempre presente nas licitações diante da necessidade dos concorrentes em comprovar sua disponibilidade de recursos próprios para a satisfatória execução do objeto da contratação, pois, como regra, os contratados só recebem o pagamento após recebida e aprovada a prestação pela Administração Pública.

Nos ensinamentos do doutrinador Marçal Justen Filho, a *"qualificação econômico-financeira não é, no campo das licitações, um conceito absoluto. É relativo ao vulto dos investimentos e despesas necessários à execução da prestação. A qualificação econômico-financeira somente poderá ser apurada em função das necessidades concretas, de cada caso. Não é possível supor que 'qualificação econômico-financeira' para executar uma hidrelétrica seja idêntica àquela exigida para fornecer bens de pequeno valor. Mesmo nos casos em que não se configurarem presentes os requisitos de capital social ou patrimônio liquido mínimos, será possível estabelecer regras acerca da qualificação econômico-financeira"*[10].

Na Lei 8.666/93, o art. 31 trata sobre o tema específico da qualificação econômico-financeira, estando a questão da exigência da exibição dos balanços no inciso I, senão vejamos:

> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
> I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

Ao confrontarmos a redação do referido dispositivo com o requisito encartado no item 4.3.2 "c" do IAC do certame em análise, nota-se que enquanto a lei veda a apresentação de **balancetes ou balanços provisórios**, permitindo somente a atualização por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta, o edital exige a complementação do balanço, mediante a apresentação de **balanço ou balanços especiais,** cobrindo todo o período desde a elaboração do balanço até o trimestre anterior à apresentação da proposta, para os casos

[10] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 2012, p. 537.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

em que o último balanço tenha sido efetuado há mais de 3 (três) meses da data da apresentação das propostas.

A instrução revelou que das 4 (quatro) empresas licitantes, apenas a empresa COMTÉRMICA não exibiu o referido balanço especial, sendo inclusive reconhecido por esta própria empresa – ao interpor recurso administrativo acerca do resultado da licitação (fl. 376/394 do apenso ao evento nº 20) – que não apresentou este documento por entender incabível com base na vedação presente no art. 31, inciso I, da Lei de Licitações.

A supracitada omissão ocasionou, dentre outros motivos, a legítima desclassificação da referida concorrente do certame, pois, como já referenciado em tópico pretérito deste voto, compreendo que havendo possível discrepância entre a legislação nacional infraconstitucional e as normas e procedimentos do ente financiador internacional, estas prevalecem, desde que não se vislumbre qualquer violação à Lei Maior.

Nesse contexto, entendo infundada qualquer alegação de que poderia existir sobrepreço na contratação já em curso quando comparado o valor efetivamente contratado perante a empresa CG Construções (R$ 53.931.634,38) e o valor da proposta da empresa COMTÉRMICA (R$ 45.988.590,36), pois, como acima demonstrado, a desclassificação desta última empresa se deu de forma regular, o que refuta qualquer possibilidade de comparação das propostas.

k) Ausência de consulta ao setor de engenharia do Projeto para fins de análise da segunda diligência, direcionada exclusivamente para a empresa CG CONSTRUÇÕES LTDA sobre o item 4.5 (e) do Edital;

Efetuando a leitura do caderno processual, verifica-se que após a apresentação de manifestação sobre o pedido cautelar, houve a juntada do relatório de avaliação da licitação e recomendação para adjudicação do contrato (fl. 288/376 do apenso do evento nº 20), dentro do qual se insere o relatório do setor de engenharia sobre a análise, após a diligência descrita acima, relativa ao item 4.5 (e) do Edital (fl. 323/325 do apenso do evento nº 20).

Pelo exposto, não vislumbro a ocorrência de irregularidade neste aspecto, em que pese o Corpo Técnico ter apontado que o relatório do setor de engenharia encartado aos autos não contém a assinatura dos membros da equipe.

TCE-RN
Fls.:
Rubrica:
Matrícula:

Quanto a mais esta falha formal, considerando que o Corpo Técnico vem, reiteradamente, descrevendo a inadequada instrumentalização dos processos administrativos físicos por parte da UGP, seja pela ausência de assinatura de alguns documentos ou pela desordem na sua catalogação, o que dificulta inclusive os trabalhos da COPCEX, alerto desde já o órgão de origem no sentido de que deve empreender medidas de efetivo controle quanto a estes aspectos, principalmente para que todos os atos sejam subscritos por quem os tenha praticado e para que não haja qualquer omissão ou divergência entre os documentos acostados ao processo físico e aqueles submetidos à revisão prévia do Banco Mundial pela via eletrônica, sendo que essas irregularidades de cunho formal serão apreciadas no julgamento do mérito dos presentes autos.

- **Conclusão:**

Ante todo o exposto, considerando a exposição fática e jurídica demonstrada ao longo da presente fundamentação, **VOTO** pelo **INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR** pleiteada na presente representação.

À Diretoria de Atos e Execuções (DAE) para que sejam formalizadas as comunicações necessárias.

Ato contínuo, determino desde já o retorno dos autos ao Corpo Técnico (COPCEX) para se proceder com a análise do feito, dando-se continuidade à sua instrução, que deverá incluir ainda a apuração da regularidade da execução do contrato, para posterior julgamento do mérito do presente caderno processual.

Sala das Sessões, em 12 de julho de 2018.

(Documento assinado digitalmente)

Antonio Ed Souza Santana
Conselheiro Relator, em substituição legal

DL