

Informativo jurisprudencial – TCU

22 a 28 de julho

BOLETIM DE JURISPRUDÊNCIA Nº180

Sessões de 04 e 05 de julho

Assunto: Licitação. Organização social. Participação. Habilitação de licitante. Contrato de gestão. Consulta.

Ementa: A organização social que venha a participar de certame licitatório deve fazer constar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do contrato de gestão firmado com o Poder Público, a fim de comprovar que os serviços objeto da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão.

(Acórdão 1406/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

Assunto: Licitação. Organização social. Participação. Objeto da licitação. Contrato de gestão. Consulta.

Ementa: Inexiste vedação legal à participação de organizações sociais, qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da [Lei 9.637/1998](#), em procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público, sob a égide da [Lei 8.666/1993](#), desde que o intuito do procedimento licitatório seja a contratação de entidade privada para

prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social.

(Acórdão 1406/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

Assunto: Pessoal. Subsídio. Quintos. Magistrado. Ministério Público. Ato administrativo. Vedação. Consulta.

Ementa: Não é possível pagar a membro que toma posse no Superior Tribunal de Justiça, juntamente com o valor dos subsídios, vantagem pessoal nominalmente identificada (VPNI) oriunda de quintos/décimos adquiridos por força de decisão administrativa, incorporados na época em que ocupava cargo da Magistratura ou do Ministério Público Federal, em decorrência do disposto no art. 39, § 4º, da [Constituição Federal](#).

(Acórdão 1429/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Assunto: Contrato Administrativo. Reequilíbrio econômico-financeiro. Avaliação. Variação cambial. Justificativa. Teoria da imprevisão. Preço global. Consulta.

Ementa: Cabe ao gestor, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar do processo análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida variação cambial.

(Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo)

Assunto: Contrato Administrativo. Equilíbrio econômico-financeiro. Avaliação. Variação cambial. Requisito. Consulta.

Ementa: A variação da taxa cambial, para mais ou para menos, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um

rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea d, da [Lei 8.666/1993](#).

(Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo)

Assunto: Contrato Administrativo. Equilíbrio econômico-financeiro. Avaliação. Recomposição de preços. Reajuste. Natureza jurídica. Consulta.

Ementa: Ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação da recomposição sempre que se verificar a presença de seus pressupostos, uma vez que o reajuste e a recomposição possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da [Lei 8.666/1993](#), visa remediar os efeitos da inflação. A recomposição, prevista no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis.

(Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo)

Assunto: Licitação. Inexigibilidade de licitação. Artista consagrado. Contrato. Exclusividade. Cartório. Consulta.

Ementa: Na contratação direta, por inexigibilidade de licitação, de profissional do setor artístico por meio de empresário exclusivo, a apresentação de autorização/atesto/carta de exclusividade restrita aos dias e à localidade do evento não atende aos pressupostos do art. 25, inciso III, da [Lei 8.666/1993](#). Para tanto, é necessária a apresentação do contrato de representação exclusiva do artista consagrado com o empresário contratado, registrado em cartório.

(Acórdão 1435/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo)

Assunto: Convênio. Prestação de contas.
Despesa. Artista consagrado.
Inexigibilidade de licitação. Exclusividade.
Impropriedade. Consulta.

Ementa: A apresentação de autorização/atesto/carta que confere exclusividade ao empresário do artista consagrado para dias e eventos específicos, em vez do necessário contrato de exclusividade registrado em cartório, para fins de contratação por inexigibilidade de licitação, representa impropriedade na execução do convênio e, por si só, não implica o julgamento pela irregularidade das contas, tampouco condenação em débito.

(Acórdão 1435/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo)

Assunto: Responsabilidade. Multa.
Prescrição. Convênio. Inexecução do objeto. Marco temporal. Prestação de contas.

Ementa: Quando o fato irregular, motivador da sanção, for o não alcance dos objetivos do convênio, o prazo para a prescrição da pretensão punitiva do TCU começa a fluir a partir do fim do prazo para prestação de contas, momento em que se conclui a última etapa do ajuste e o Estado deve começar a agir para defender seus interesses.

(Acórdão 5130/2017 Primeira Câmara, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Bruno Dantas)

INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS Nº 326

Sessões de 27 e 28 de junho e 4 e 5 de julho

Plenário

1. Inexiste vedação legal à participação de organizações sociais, qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/1998, em procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja a contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social.

Consulta formulada ao TCU versou sobre a possibilidade de organizações sociais (OSs) participarem de certames licitatórios realizados sob a égide da Lei 8.666/1993. A dúvida do consulente decorreria do teor do [Acórdão 746/2014 Plenário](#), que considerou não haver amparo legal para a participação, em licitações promovidas pela Administração Pública Federal, de organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips), mas silenciou quanto à de OSs. Em seu voto, o relator destacou que, no caso das Oscips, “o impedimento à participação em licitações não decorre da percepção de privilégios não equalizados”, conforme aduzido pela unidade instrutiva, mas da incompatibilidade entre as obras, as compras e os serviços de que tratam os arts. 7º a 15 da Lei 8.666/1993 e os objetivos institucionais da Oscip, consignados no termo de parceria, em razão dos quais foram conferidos os privilégios. Decorreria também, segundo ele, da inexistência de previsão legal de celebração de contrato para estabelecimento ou ampliação de vínculo entre a Oscip e o Poder Público. Por sua vez, o vínculo de cooperação entre o Poder Público e a OS é estabelecido por meio de contrato de gestão, que discrimina atribuições, responsabilidades e obrigações para o atingimento das metas coletivas de interesse comum nele previstas. De acordo com o relator, a partir da qualificação formal como OS e da celebração do contrato de gestão, a entidade privada estaria habilitada a celebrar contratos administrativos com o Poder Público, para execução de atividades previstas no contrato de gestão, conforme dispõe o art. 24, inciso XXIV, da Lei 8.666/1993. Assim, não obstante a possibilidade de competição entre interessados em prestar o serviço ao Estado, a esfera do governo que qualificou a OS teria a faculdade de contratá-la diretamente, sem competição com os demais interessados. E concluiu: “Ora, se é lícito contratar OS para prestar serviços de natureza mercantil, sem que sua proposta tenha sido submetida à disputa com os demais interessados, quanto mais legítimo seria como resultado de um procedimento competitivo público”. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu: “9.1. conhecer da consulta para responder ao consulente que, ao contrário do que ocorre com as organizações da sociedade civil de interesse público - OSCIPs, inexistente vedação legal, explícita ou implícita, à participação de organizações sociais qualificadas na forma dos arts. 5º a 7º da Lei 9.637/98, em procedimentos licitatórios realizados pelo Poder Público, sob a égide da Lei 8.666/1993, desde que o intuito do procedimento licitatório seja contratação de entidade privada para prestação de serviços que se insiram entre as atividades previstas no contrato de gestão firmado entre o Poder Público e a organização social; 9.2. deixar assente que a organização social, que venha a participar de certame licitatório, deve fazer constar, da documentação de habilitação encaminhada à comissão de licitação, cópia do contrato de gestão firmado com o Poder Público, a fim de comprovar cabalmente que os serviços objetos da licitação estão entre as atividades previstas no respectivo contrato de gestão.”.

(Acórdão 1406/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

2. Cabe ao gestor, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar do processo análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida variação cambial.

O TCU apreciou consulta formulada pelo Ministro do Turismo relativa à “*aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado e respectivos impactos na contratação de serviços a serem executadas no exterior no âmbito do Ministério do Turismo*”. Sobre o tema, o relator entendeu que a variação do câmbio, para ser considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, deve: “a) *constituir-se em um fato com consequências incalculáveis, ou seja, cujas consequências não sejam passíveis de previsão pelo gestor médio quando da vinculação contratual; b) ocasionar um rompimento severo na equação econômico-financeira impondo onerosidade excessiva a uma das partes. Para tanto, a variação cambial deve fugir à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante; e c) não basta que o contrato se torne oneroso, a elevação nos custos deve retardar ou impedir a execução do ajustado, como prevê o art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993*”. Mencionou, ainda que, em todos os casos, a recomposição deve estar lastreada em documentação que analise o seu custo global. Entre outros questionamentos, foi apresentado, pelo consulente, o seguinte ponto: “*considerando a natureza da Embratur, de não atuar em ambiente competitivo, como poderia o gestor aferir, com a desejável prudência e segurança, a aplicação da teoria da imprevisão?*”. Ao final, o Colegiado, anuindo à proposição do relator, conheceu da consulta e respondeu ao consulente, especificamente quanto à aludida questão, que: “**9.2.5. cabe ao gestor, agindo com a desejável prudência e segurança, ao aplicar o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da recomposição, fazer constar dos autos do processo, análise que demonstre, inequivocamente, os seus pressupostos, de acordo com a teoria da imprevisão, juntamente com análise global dos custos da avença, incluindo todos os insumos relevantes e não somente aqueles sobre os quais tenha havido a incidência da elevação da moeda estrangeira, de forma que reste comprovado que as alterações nos custos estejam acarretando o retardamento ou a inexecução do ajustado na avença, além da comprovação de que, para cada item de serviço ou insumo, a contratada efetivamente contraiu a correspondente obrigação em moeda estrangeira, no exterior, mas recebeu o respectivo pagamento em moeda nacional, no Brasil, tendo sofrido, assim, o efetivo impacto da imprevisível ou inevitável álea econômica pela referida variação cambial**”.

(Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo)

3. A variação da taxa cambial, para mais ou para menos, não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação

econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993.

Em consulta formulada pelo Ministro do Turismo acerca da *“aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado e respectivos impactos na contratação de serviços a serem executados no exterior”*, o relator ponderou que o reequilíbrio econômico-financeiro tem assento constitucional (art. 37, inciso XXI), sendo uma de suas espécies a teoria da imprevisão (ou recomposição), disciplinada no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. No que se refere à variação cambial, o relator entendeu que, em linhas gerais, *“não deve ser causa autossuficiente para a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, a não ser que tenha ocorrido de forma inesperada, abrupta e afete substancialmente o equilíbrio do contrato a ponto de frustrar a sua execução”*. Com base nesses fundamentos, o TCU decidiu responder ao consulente que *“a variação da taxa cambial (para mais ou para menos) não pode ser considerada suficiente para, isoladamente, fundamentar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Para que a variação do câmbio seja considerada um fato apto a ocasionar uma recomposição nos contratos, considerando se tratar de fato previsível, deve culminar consequências incalculáveis (consequências cuja previsão não seja possível pelo gestor médio quando da vinculação contratual), fugir à normalidade, ou seja, à flutuação cambial típica do regime de câmbio flutuante e, sobretudo, acarretar onerosidade excessiva no contrato a ponto de ocasionar um rompimento na equação econômico-financeira, nos termos previstos no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993”*.

(Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo)

4. Ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação da recomposição sempre que se verificar a presença de seus pressupostos, uma vez que o reajuste e a recomposição possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto nos arts. 40, inciso XI, e 55, inciso III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. A recomposição, prevista no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis.

Em consulta formulada pelo Ministro do Turismo *“acerca da aplicação da teoria da imprevisão e da possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de variações cambiais ocorridas devido a oscilações naturais dos fatores de mercado e respectivos impactos na contratação de serviços a serem executados no exterior”*, houve questionamento complementar do consulente a respeito da seguinte situação: *“A Administração, já tendo realizado o reequilíbrio com a aplicação do reajuste previsto contratualmente, poderia, ainda, presentes os requisitos da teoria da imprevisão, realizar a recomposição?”*; *“Caso positivo, como poderia ser aferido o desequilíbrio da equação econômico-financeira na conjugação dessas duas formas de reequilíbrio?”*. Acompanhando o parecer da unidade técnica, o relator propôs, e Plenário do TCU acatou, responder ao consulente, respectivamente, que: *“O reajuste e a recomposição possuem fundamentos distintos. O reajuste, previsto no art. 40, XI, e 55, III, da Lei 8.666/1993, visa remediar os efeitos da inflação. A recomposição, prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/1993, tem como fim manter equilibrada a relação jurídica entre o particular e a Administração Pública quando houver desequilíbrio advindo de fato imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis. Assim, ainda que a Administração tenha aplicado o reajuste previsto no contrato, justifica-se a aplicação da recomposição sempre que se verificar a presença de seus pressupostos”*; *“O reequilíbrio contratual decorrente da recomposição deve levar em conta os fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução*

do ajustado, que não se confundem com os critérios de reajuste previstos contratualmente. Portanto a recomposição, concedida após o reajuste, deverá recuperar o equilíbrio econômico-financeiro apenas aos fatos a ela relacionados. Caso o reajuste seja aplicado após ter sido concedida eventual recomposição, a Administração deverá ter o cuidado de avaliar a necessidade, ou não, da aplicação dos índices inicialmente avençados em virtude da possibilidade de a recomposição já ter procedido ao reajuste de determinados insumos. Colocando de outra maneira, será preciso expurgar do reajuste a ser concedido o impacto causado pelos fatores que motivaram a recomposição, para evitar a dupla concessão com o mesmo fundamento, o que causaria o desequilíbrio em prejuízo da contratante”.

(Acórdão 1431/2017 Plenário, Consulta, Relator Ministro Vital do Rêgo)