

O Advogado-Geral do Estado, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada, proferiu no Parecer abaixo o seguinte Despacho:
“Aprovo. Em 5/5/2009”

Procedência: Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS

Interessado: Secretaria de Estado de Defesa Social - SEDS

Número: 14.921

Data: 5 de maio de 2009

Ementa: Estado de Minas Gerais. Contrato administrativo. Constatação posterior da imprestabilidade do objeto. Alteração do objeto contratual. Impossibilidade.

RELATÓRIO

O ilustre Secretário-Adjunto da Secretaria de Estado de Defesa Social, Dr. Moacyr Lobato de Campos Filho, informa que em dezembro de 2006 foi contratada, mediante processo de dispensa de licitação, nos termos do art. 24, IX, da Lei 8.666/93, a empresa NETTEST do Brasil Ltda., tendo a contratação por objeto a aquisição de equipamento de escuta destinado à Diretoria de Inteligência Penitenciária, sendo de R\$4.150.000,00 o valor do contrato.

Todavia, o objeto contratual incluía a aquisição e instalação de equipamentos de escuta, dentre eles “filtro de palavras faladas”, tendo sido constatado, no curso do contrato, que o tal filtro de palavras existe apenas para as línguas inglesa e espanhola, o que inviabilizou o uso do equipamento pela SEDS.

Informa, ainda, o ilustre Secretário-Adjunto que foram

entabuladas negociações com a NetTest para a substituição do equipamento por um polígrafo modelo AVM 650. Esta avença, todavia, foi questionada pela Auditoria Setorial, apontando tratar-se de contrato verbal, vedado pela Lei 8.666/93, no que foi secundada pela Assessoria Jurídica da SEDS que destacou ainda a existência de vício no objeto do contrato, por falta de informação da empresa da imprestabilidade do equipamento para a língua portuguesa, de modo que deveria ser abatido do preço o valor do tal “filtro”.

Diante de ponderações do setor técnico, no sentido da servibilidade do polígrafo e no interesse público na substituição do objeto contratado junto à NetTest, apresentam-se, na consulta, as seguintes indagações:

“Ante todo o exposto, solicitamos à V. Exa. consulta sobre: (1) a possibilidade de pagamento do ‘filtro de palavras’ adquirido por meio do contrato nº 339052-06.765.06; considerando que o mesmo não atende, a princípio, a finalidade para a qual foi adquirido; (2) se é possível a compensação do valor do referido filtro para a aquisição de um polígrafo, considerando que o mesmo não estava contido no objeto inicialmente contratado e que a aquisição não foi precedida de processo administrativo, assim como todos os fatos supra expostos; (3) caso impossível a aquisição onerosa do polígrafo ou sua substituição pelo ‘filtro de palavras’ qual seria o destino a ser dado àquele equipamento”.

PARECER

A SEDS, segundo justificativa técnica editada 30.10.06, destacou a necessidade de aquisição de equipamentos tecnológicos de ponta para a

realização de atividades de inteligência no âmbito do sistema de segurança pública. Com isso, conforme indicado no mesmo documento técnico, foi idealizada solução que contivesse toda uma gama de possibilidades de monitoramento, de acordo descrição técnica a fls. 05 do procedimento administrativo anexo ao expediente.

Diante desse contexto idealizado na solução técnica, partiu-se para aquisição do sistema mediante cotação de preços junto às empresas em condições de atender às necessidades do Estado.

Chegou-se, então, no procedimento administrativo anexo, à conclusão de ser a empresa NetTest a melhor contratação para o desiderato pretendido, conforme se extrai, v.g., da seguinte passagem do documento técnico: *“Da mesma forma, observa-se as prerrogativas pertinentes ao preço oferecido para esta aquisição, que são consideradas dentro dos aspectos descritos, compatíveis com os preços praticados no mercado, resguardados e justificados pelo grau de sigilo”* (fls. 03).

Daí partiu-se para a contratação da empresa NetTest, por dispensa de licitação, fundada no art. 24, IX, da Lei 8.666/93, firmando-se o contrato 339052-06.765.06, em cujo Anexo I vem descrito o objeto do contrato.

Todavia, no curso da execução contratual, constatou-se que um dos produtos objeto do contrato não possuía a funcionalidade prevista na proposta e no contrato, pois a ferramenta “filtro de palavras” só funcionava nas línguas inglesa e espanhola, ou seja, não havia versão da ferramenta em língua portuguesa, de modo que a serventia deste equipamento se tornou

completamente nula.

Segundo informações contidas no expediente administrativo, v.g., manifestação Assessoria Jurídica (fls. 267), o valor do equipamento em questão - “filtro de palavras” - era de R\$179.260,00, consoante Anexo I do contrato (fls. 140).

Registre-se que, apesar de algumas discussões no sentido de que o contrato ou a proposta não esclarecia que a tal ferramenta “filtro de palavras” deveria funcionar na língua portuguesa, é óbvio que a perspectiva era de utilização em português, pois de nada adiantaria o funcionamento em outras línguas.

Tanto isso é certo que a própria empresa contratada admitiu, no procedimento administrativo, ao explicar a situação, que ela sempre buscou a solução em português - única que atenderia o objeto do contrato. Solução que, entretanto, não se mostrou possível em razão do posicionamento da matriz, empresa canadense.

Em suma, não há dúvida que a empresa contratada sabia, desde a proposta e da contratação, que o equipamento “filtro de palavras” deveria ter a funcionalidade em português. Tenha-se, v.g., do documento de fls. 260/263, do procedimento administrativo, carta da empresa NetTest:

“Porém, em janeiro de 2007, fomos informados pelo fabricante do Sistema que o filtro de palavras faladas não seria disponibilizado na língua portuguesa, posto que atualmente existem apenas duas versões disponíveis para esta funcionalidade: uma na língua inglesa e outra na língua

espanhola. Insistimos junto ao fabricante do Sistema para que fosse adaptada então a funcionalidade de filtro de palavras também para o idioma português, visto o compromisso que havíamos firmado com o Governo do Estado de Minas Gerais. Não medimos esforços em buscar uma solução para o caso de forma que esta facilidade fosse disponibilizada em português. Porém, após praticamente dois meses de negociações internas entre nossas empresas (representada e representante), não houve possibilidade de alterar esta situação”.

Constatada a impossibilidade de o equipamento funcionar na língua portuguesa, ensaiou-se solução administrativa no sentido de a empresa fornecer em troca equipamento denominado polígrafo, que também teria serventia para a SEDS: carta da empresa, fls. 260 do expediente administrativo, e relatório da Auditoria Setorial, fls. 278/282.

Surgiu, então, a divergência, de um lado, entre a Auditoria Setorial e a Assessoria Jurídica da SEDS, e, de outro, o setor técnico: os dois primeiros órgãos entendem ser juridicamente impossível a troca ou substituição do objeto contratual pretendida, sendo o caso de se abater do preço contratual o valor do objeto não entregue (“filtro de palavras”), inclusive mediante compensação com valores que ainda não foram pagos à empresa; e o setor técnico insiste na troca contratual, por não acarretar prejuízo ao erário.

Essa, pois, a questão jurídica a ser solvida no caso.

A questão, em termos jurídicos, diz respeito à execução

contratual: firmado o contrato administrativo se, no curso de sua execução, constata-se a impossibilidade material de cumprimento de parte do objeto, qual a solução legal? É possível a simples troca por outro equipamento, equipamento diverso, não previsto no contrato? Ou a alternativa seria o abatimento do preço relativo ao objeto que não se mostrou praticamente viável?

O art. 66 da Lei 8.666/93 proclama que o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas, respondendo cada parte pelas conseqüências da inexecução total ou parcial.

No caso, não há dúvida, o contrato não pode ser parcialmente cumprido ou executado, pois determinada parte do objeto (“filtro de palavras”), não pôde ser realizada, porque não havia versão disponível em português do programa.

Aqui, registre-se, não se trata de vício do objeto, ou seja, em que se verifiquem defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, o que obrigaria o contratado a reparar o problema (art. 69 da Lei 8.666/93). Isso porque, no caso, uma parte do objeto mostrou-se inviável: o “filtro de palavras” só existia nas versões inglês e espanhol, de modo que a empresa não conseguiu disponibilizá-lo em português.

Não se trata, pois, de defeito ou vício resultante da execução ou de material empregado (ou vício oculto), mas sim de impossibilidade ou inviabilidade material desta parte do objeto, o que afasta a incidência do art. 69 da Lei 8.666/93.

A hipótese fática, assim, poderia ser analisada sob a possibilidade de alteração do objeto (art. 65 da Lei 8.666/93), para se colocar outra coisa no lugar da inviável, ou inexecução contratual, que ensejaria a rescisão, no caso parcial do contrato (art. 77 da Lei 8.666/93), pelo não-cumprimento de parte do objeto contratual diante das suas especificações (art. 78, I, da Lei 8.666/93).

Quanto à alteração do objeto contratual, tem-se que inaplicável ao caso o art. 65 da Lei 8.666/93, pois a hipótese fática aqui descrita não se amolda ou ajusta em nenhuma das possibilidades legais de alteração do objeto contratual.

Com efeito, o art. 65 da Lei 8.666/93 prevê dois blocos de possibilidades de alteração contratual: a) unilateralmente pela Administração; e b) por acordo entre as partes contratantes.

Na primeira, encontra-se prevista a hipótese de alteração, pela Administração, do projeto ou de especificações técnicas, para melhor adequação aos objetivos; ou alteração, também pela Administração, dos quantitativos do contrato.

Como se observa, o caso não se enquadra em nenhuma dessas hipóteses legais de alteração unilateral, pois não houve alteração do projeto ou de suas especificações técnicas, nem de alteração de quantitativos. O que ocorreu foi, simplesmente, que uma parte do objeto contratual não pôde ser executada porque a empresa não conseguiu obter o equipamento ajustado na versão em língua portuguesa, tornando-se, com isso, inservível a funcionalidade em questão.

Na segunda, estão previstos os seguintes casos de alteração do contrato por ajuste entre as partes: alteração de garantia; modificação do regime de execução ou do modo de fornecimento contratualmente previsto; modificação da forma de pagamento; e para restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato quando surgirem situações anômalas que alterem a economia contratual estabelecida quando da pactuação.

Evidentemente, o fato de a empresa não conseguir disponibilizar o “filtro de palavras”, contratualmente estabelecido, em língua portuguesa, de modo que tal objeto se tornou inservível, não atrai nenhuma dessas hipóteses negociais de alteração do objeto contratual.

O que sobra, portanto, no caso, é, de fato, o enquadramento na hipótese de inadimplemento parcial do negócio, situação geradora de rescisão parcial, por descumprimento do contrato.

Previsto no contrato que se promoveria a entrega e instalação de programa “filtro de palavras”, funcionalidade destacada contratualmente no Anexo I do contrato como integrante da prestação, uma vez que tal entrega não se mostrou possível, por inviável, já que indisponível o produto na língua portuguesa, o que se tem é o descumprimento contratual ou inadimplemento parcial.

A empresa não se desincumbiu do dever ou obrigação contratual de entregar todo o objeto na forma especificada. Faltou uma parte e nessa parte houve inadimplemento, nos termos dos arts. 77 e 78, I, da Lei 8.666/93.

E, no caso, diante do inadimplemento parcial, a consequência é a rescisão contratual parcial, no que tange ao objeto que se inviabilizou, não cabendo a sua substituição, pois esta não encontra previsão legal, já que, reitere-se, a situação não enseja a aplicação do art. 65 da Lei 8.666/93 (alteração contratual) e nem do art. 69 da Lei 8.999/93 (vício ou defeito interno decorrente da execução contratual).

Com isso, o único desfecho legalmente cabível no caso, repita-se, é a rescisão parcial.

De mais a mais, a troca de parte do objeto, nos moldes em que pretendido, esbarraria em outro sério problema, como destacado em manifestações anteriores no procedimento administrativo: se feriria o princípio da licitação, uma vez que a contratação se deu por dispensa de licitação, e a simples troca de parte do objeto por outro distinto, não previsto originariamente, poderia descaracterizar a dispensa, ou, quando nada, se estaria promovendo praticamente nova contratação direta, sem o devido procedimento de dispensa e sem se saber sequer se seria possível a competição ou não.

Assim, diante do inadimplemento parcial, deve ser aberto o devido procedimento administrativo, para que a Administração apure as eventuais responsabilidades contratuais pelo inadimplemento, de modo, inclusive, a chegar a conclusão do melhor tipo de rescisão parcial, unilateral ou amigável, conforme art. 79, da Lei 8.666/93, bem como para apurar eventuais responsabilidades e aplicações de sanções de outra ordem (art. 87 da Lei 8.666/93).

É certo que se ainda resta crédito a ser pago à empresa, dentro da execução contratual, como informado no procedimento administrativo da contratação, a Administração deve reter tal crédito (art. 80, IV, da Lei 8.666/93), até que se chegue a uma conclusão do procedimento administrativo que irá se instaurar para desaguar na rescisão parcial do contrato.

Quanto ao destino do tal polígrafo, que teria sido recebido pela Administração indevidamente, deve ser devolvido à empresa, para se evitar o enriquecimento sem causa, pois o contrato será rescindido neste ponto, por inadimplemento parcial, de modo que não deve ser realizado o pagamento do item que se inviabilizou.

De um jeito ou de outro, não se pode esquecer que a rescisão parcial do contrato deve ser precedida do devido procedimento administrativo, em que se conceda à empresa o direito de defesa, conforme art. 78, parágrafo único, da Lei 8.666/93.

CONCLUSÃO

Em suma, pode-se responder à consulta nos seguintes termos:

a) diante da inexecução parcial do objeto da contratação, traduzindo-se em inadimplemento parcial (arts. 77 e 78, I, da Lei 8.666/93), por parte da empresa NetTest, no que diz respeito ao objeto contratualmente previsto “filtro de palavras”, a Administração deve promover a rescisão parcial do contrato, unilateral ou amigável (art. 79, da Lei 8.666/93), mediante abertura do devido procedimento administrativo (art. 78, parágrafo único, da Lei 8.666/93), não podendo ser pago, evidentemente, o valor equivalente a tal

parcela do objeto à empresa. Como ainda restam pagamentos a serem feitos à empresa, estes devem ser retidos pela Administração até a solução do procedimento de rescisão contratual (art. 80, IV, da Lei 8.666/93), em cujo âmbito deve também cogitar-se da incidência ou não das sanções contratuais bem como daquelas previstas no art. 87 da Lei 8.666/93;

b) como consectário da resposta acima, em que o não cumprimento do contrato traduz inadimplemento, não se mostra juridicamente possível o recebimento do polígrafo no lugar do objeto originário contratualmente previsto, pois a perspectiva não atrai a aplicação dos arts. 65 e 69 da Lei 8.666/93. Substituição de objeto que poderia, ainda, traduzir burla ao princípio constitucional da licitação;

c) inviável tanto a aquisição onerosa direta do polígrafo como seu recebimento em troca do “filtro de palavras” contratualmente previsto e que se inviabilizou, conforme resposta aos quesitos anteriores, o bem deve ser devolvido à empresa, já que, após a rescisão parcial do contrato, com o não pagamento do item contratual “filtro de palavras” e aplicação de eventuais penalidades à empresa, não tem a Administração título jurídico para manter em suas mãos o polígrafo.

Belo Horizonte, 5 de maio de 2009

Érico Andrade
Procurador do Estado
OAB-MG 64.102/Masp 1050975-0

“APROVADO EM: 05/05/2009”
SÉRGIO PESSOA DE PAULA CASTRO
Consultor Jurídico Chefe
Masp 598.222-8 - OAB/MG 62.597