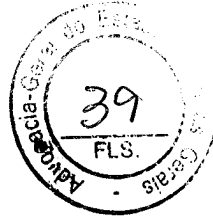




ESTADO DE MINAS GERAIS  
ADVOCACIA-GERAL DO ESTADO



**Procedência:** Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Cultura  
**Interessado:** Secretaria de Estado da Cultura  
**Número:** 15.131  
**Data:** 2 de dezembro de 2011  
**Ementa:**

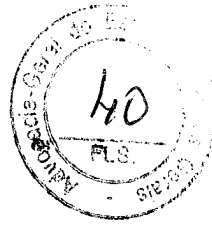
LICITAÇÃO ENCERRADA – PREGÃO – CONTRATO NÃO ASSINADO – PRETENSÃO DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA NÃO CONSIGNADA NA MINUTA DO CONTRATO CONSTANTE DO EDITAL – IMPOSSIBILIDADE – VINCULAÇÃO ESTRITA DA ADMINISTRAÇÃO AO EDITAL – INTELIGÊNCIA DOS ART. 40 E 41 DA LEI 8666-93 – IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO IMEDIATA DO CONTRATO – FATO DA ADMINISTRAÇÃO – HIPÓTESES DE REVOGAÇÃO OU SUSTAÇÃO DO CONTRATO ATÉ QUE SEJA POSSÍVEL SUA EXECUÇÃO – ARTS 49 E 79, §5º DA LEI 8666/93.

### Relatório

*aprovado*  
*02/12/2011*  
  
Marco Antônio Rebelo Romanelli  
ADVOCADO-GERAL DO ESTADO

A Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Cultura, mediante o OF/SEC/AJU nº 074/2011, encaminha a esta Consultoria Jurídica, para manifestação e apreciação, procedimento administrativo relativo ao Pregão nº 02/2010 para a concessão de uso de espaço para exploração de Café do Museu Mineiro e do Arquivo Público Mineiro.

Narra que se trata de processo licitatório encerrado ainda sem contrato assinado com o fornecedor vencedor do certame, uma vez que o imóvel apresenta danos na laje, relativo a falhas de impermeabilização, questão que tem retardado a assinatura do contrato. Indaga-nos a consulente se há possibilidade de ser incluída no contrato cláusula de responsabilização do Estado em caso de dano nos equipamentos do fornecedor, haja vista que haverá nova obra para reparo das infiltrações.



Por meio do OF/SEC/SJU nº 084/2011, de 05/09/2011, a Assessoria Jurídica da Secretaria de Cultura encaminhou documentação pertinente ao processo licitatório das obras de construção do Café e sala multiuso do Museu Mineiro e do Arquivo Público Mineiro, bem como documento do Sr Leonardo Campos Moreira, de 29/08/2011, proprietário da empresa vencedora da licitação para exploração do Café do Museu Mineiro, no qual reitera seu *“interesse em manter a proposta comercial feita através da licitação e assinar o contrato de concessão do direito real de uso de espaço físico para exploração econômica de CAFÉ/RESTAURANTE do Museu Mineiro e do Arquivo Público Mineiro.”*

A fim de subsidiar a análise jurídica acerca possibilidade ou não de inclusão cláusula contratual nos termos solicitados, essa Consultoria requereu manifestação da Procuradoria Jurídica do IEPHA/MG, entidade responsável pela contratação e execução da obra do Café do Museu, cuja danificação da laje gerou a não assinatura do contrato de concessão de uso de imóvel e a presente consulta, tendo o referido órgão, por meio da Nota Jurídica nº 273/2011, asseverado que:

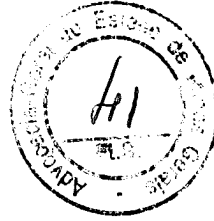
*“Tecnicamente a Nota Técnica GPO nº 128/2011 e o perito Abdias Magalhães Gomes não recomendam assinatura do contrato para exploração do Café do Museu Mineiro e, conseqüentemente, o início da execução contratual até que sejam executadas as obras necessárias para reparação dos problemas de infiltração de água pela laje;*

*As providências administrativas para a contratação dessas obras, conforme noticiado no OF. CCPL Nº 224/2011, foram iniciadas, contudo, “em virtude da situação orçamentária do projeto no ano de 2011 e previsão orçamentária para 2012, não será possível realizar a contratação.*

*Dentro dos limites de sua competência, as diligências administrativas de responsabilidade do IEPHA/MG para a solução dos problemas de impermeabilização no Café do Museu Mineiro estão sendo adotadas.”*

É o breve relatório, passamos a opinar.

Constata-se da análise do procedimento a empresa Café do Museu Ltda. foi a vencedora do Pregão nº 02/2010 para a concessão de uso de espaço para exploração de Café do Museu Mineiro e do Arquivo Público Mineiro, tendo a



ela sido adjudicado o objeto do contrato, fls. 412, conforme publicação no Mine Grais de 07/12/2010.

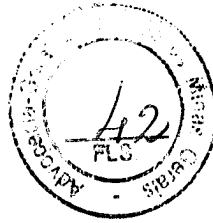
Ainda que não conste do procedimento a nós encaminhado o ato de homologação do resultado do certame, às fls. 450/451 consta ofício CI/SEC/SPGF/DLM/Nº 76/10, da Diretoria de Logística e Manutenção à Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado da Cultura, datado de 28/12/2010, solicitando a elaboração do contrato de concessão de uso de imóvel, na forma do anexo IV do Edital do Pregão 02/2010.

Ocorre que, conforme notícia a Consulente, até a presente data, quase dois anos depois de encerrado o Pregão 02/2010, o contrato ainda não foi assinado, pois o imóvel em que se instalará o Café do Museu Mineiro está com problemas de infiltração a demandar novas reformas, o que ensejaria a necessidade de inclusão de cláusula de responsabilização do Estado por eventuais danos que venham a ser causados no maquinário da contratada em virtude de reformas que se fazem necessárias realizar.

Anote-se que não se encontra no processo administrativo do pregão 02-2010 qualquer solicitação formal da empresa vencedora no sentido de que seja incluída uma cláusula na forma sugerida pela Secretaria de Cultura, constando inclusive documento do Sr Leonardo Campos Moreira, de 29/08/2011, proprietário da empresa vencedora da licitação para exploração do Café do Museu Mineiro, em sentido diverso, reiterando *“interesse em manter a proposta comercial feita através da licitação e assinar o contrato de concessão do direito real de uso de espaço físico para exploração econômica de CAFÉ/RESTAURANTE do Museu Mineiro e do Arquivo Público Mineiro.”*

Mas, atendo-nos à dúvida posta pela Consulente, impõe-se alertá-la da absoluta impossibilidade de alteração do contrato na forma solicitada, cuja minuta constou do Anexo IV do edital (fls.288/292), eis que o contrato, como parte obrigatória do edital, vincula estritamente a Administração Pública, senão vejamos o que dispõe a Lei 8666/93:

“Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta,



bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

**§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:**

...

**III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;**

**Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”**

Leciona Marçal Justen Filho,, após asseverar que o instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração, que se vincula a seus termos, afirma

*“ a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regra de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos praticados no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade a moralidade, a isonomia. O descumprimento de qualquer regra d edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública.” (JUSTEN FILHO, Marçal, in Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos, 11ª Ed, - São Paulo: Dialética, 2005, pp.401/402).*

A estrita vinculação da Administração à minuta do contrato constante do edital não significa que o referido contrato administrativo eventualmente possa vir a ser alterado. Mas um contrato que sequer foi assinado e nem teve sua execução iniciada, não, só podendo ser alterado no curso de sua execução, em situações estritas, conforme art. 65 da Lei 8666/93, dentre as quais não encaixa presente situação.



Ademais, não se mostra juridicamente possível, muito menos razoável, que o Estado assuma contratualmente responsabilidade eventual por ato de terceiros que venham a efetuar reformas no Museu Mineiro.

Assim, inexistente possibilidade de se incluir a solicitada “cláusula de responsabilização do Estado em caso de dano nos equipamentos do fornecedor.”

Revela-se da análise outra feita, ainda, irregularidade do procedimento de contratação da vencedora do pregão 02-2010, consistente no fato de até a presente data não ter sido convocada a empresa licitante vencedora, Café do Museu Ltda., a assinar o contrato, o que se mostra em desacordo com a Lei 8666/93 e com o edital do Pregão 02/2010, senão vejamos:

***“Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.***

***§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.***

***§ 2º É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei.***

***§ 3º Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.***

Do item 13 do edital do Pregão 02/2010(fl. 302), consta:



*13.1 – Encerrado o procedimento licitatório, o representante legal do licitante que tiver apresentado a proposta vencedora e aceita será convocado para firmar o termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme minuta do Anexo IV.*

*13.1.1 – O adjudicatário deverá comprovar a manutenção das condições demonstradas para habilitação para assinar o contrato.*

*13.1.2 – Caso o adjudicatário não apresente situação regular no ato da assinatura do contrato, ou recuse-se a assiná-lo, serão convocados os licitantes remanescentes, observada a ordem de classificação, para celebrar o contrato, já ultrapassada a fase da aplicação, nesta hipótese, do disposto no art. 5º do decreto Estadual nº 44.630/07.*

*13.1.3 – Na hipótese de convocação dos licitantes remanescentes no pregão, o licitante deverá manter sua última proposta reajustada, podendo negociar este preço, não havendo necessidade de cobrir o preço da proposta mais vantajosa, conforme o disposto no art. 9º, incisos XIV e XV da lei estadual nº 14.167, de 10 de janeiro de 2002.*

*13.1.4 – O representante legal do licitante que tiver apresentado a proposta vencedora deverá assinar o contrato, dentro do prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis a contar do recebimento da comunicação, através de FAX ou Correio ou e-mail.*

*13.1.5 – Qualquer solicitação de prorrogação de prazo para assinatura do contrato ou instrumento equivalente, decorrentes desta licitação, somente será analisada se apresentada antes do decurso do prazo para tal e devidamente fundamentada.”*

Assim constata-se que, nos termos do artigo 64 e parágrafos, cumulado com item 13 do edital, a Secretaria de Cultura deveria ter convocado formalmente a empresa vencedora do Pregão 02/2010 para assinar o contrato, em 05 dias, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei 8666/93.

Por não tê-lo feito a tempo e modo, a Administração deu ensejo a que vencedora do pregão 02/2010 se veja desobrigada do compromisso assumido, na forma do parágrafo terceiro do art. 64 da Lei 8666/93 aqui já transcrito.

É certo que a empresa vencedora reiterou, em 29/08/2011, expressamente, seu “interesse em manter a proposta comercial feita através da licitação e assinar o contrato de concessão do direito real de uso de espaço físico para exploração econômica de CAFÉ/RESTAURANTE do Museu Mineiro e do Arquivo Público Mineiro.” Mas mesmo desde de tal reiteração já se passaram



mais de 60 dias sem que fosse a empresa vencedora do Pregão 02/2010 ela convocada assinar o contrato, dando ensejo novamente à sua desobrigação, conforme o parágrafo terceiro do art. 64 da Lei 8666/93.

Não se pode aqui ignorar as infiltrações existentes no edifício em que se instalará o Café do Museu Mineiro, muito menos a recomendação técnica (*Nota Técnica GPO nº 128/2011*) de não ser “*possível a assinatura de qualquer contrato para exploração do Café do Museu Mineiro*”, e de que “*seria prudente a assinatura do contrato de ocupação do espaço somente após as correções dos sistema de impermeabilização e conclusão definitiva da obra.*”; e, muito menos, a imprevisibilidade de solução do problema, eis que, conforme noticiado no OF. CCPL Nº 224/2011, “*em virtude da situação orçamentária do projeto no ano de 2011 e previsão orçamentária para 2012, não será possível realizar a contratação.*”

Tal situação revela para Administração e a licitante dois caminhos juridicamente possíveis:

### **1º - A REVOGAÇÃO DO PREGÃO 02/2010**

Segundo o art. 49 e parágrafos 1º e 3º da Lei 8666/93, segundo os quais:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§ 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

...

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Assim, se autoridade competente para a aprovação do Pregão 02/2010, no exercício de margem discricionária de suas atribuições, entender que a



existência de infiltrações no edifício do Museu Mineiro consiste em *fato juridicamente superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta*, poderá então revogar a licitação por razões de interesse público, devendo, para tanto, observar o contraditório e a ampla defesa à empresa Café do Museu Ltda., e, se for o caso, indenizá-la de eventuais prejuízos que a mesma tenha sofrido, desde que sejam estes devidamente comprovados em processo administrativo.

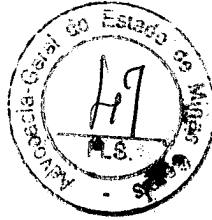
## **2ª – A ASSINATURA DO CONTRATO E SUSTAÇÃO DE SUA EXECUÇÃO ATÉ A REALIZAÇÃO DAS OBRAS NECESSÁRIAS A FAZER CESSAREM AS INFILTRAÇÕES**

Entendo a autoridade que as infiltrações não configuram um fato juridicamente superveniente que impeça contratação, deve então convocar a empresa vencedora para assinar o contrato, nas estritas condições da minuta constante do anexo IV do edital, em 05 dias, sob de decadência do direito dessa em firmar contrato, hipótese que daria ensejo à convocação da em presa classificada em 2º lugar no Pregão 02/2010 (art. 64. §2º, da Lei 866/93 e item 13.1.2 do edital do Pregão 02/2010).

Considerando que as condições atuais do imóvel não permitem a execução imediata do contrato de cessão de uso para exploração do Café do Museu, deve ser sustada a sua execução até que seja dada ordem de início, tendo em vista a ocorrência de fato da Administração, a ser compreendido como *“qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, torne impossível a execução do contrato ou provoque seu desequilíbrio econômico. O fato da administração pode provocar uma suspensão da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis. Pode, também, provocar um desequilíbrio econômico financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição.”* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito Administrativo, 13ª Edição, p. 258).

Tal possibilidade encontra amparo legal no §5º do art. 79 da Lei 8666/93, segundo o qual *“Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo”*, e jurisprudencial do Superior tribunal de Justiça: *“Prevendo a lei a possibilidade de suspensão do cumprimento do contrato pela verificação da “exceptio non adimplenti contractus” imputável à administração, “a fortiori”, implica admitir*





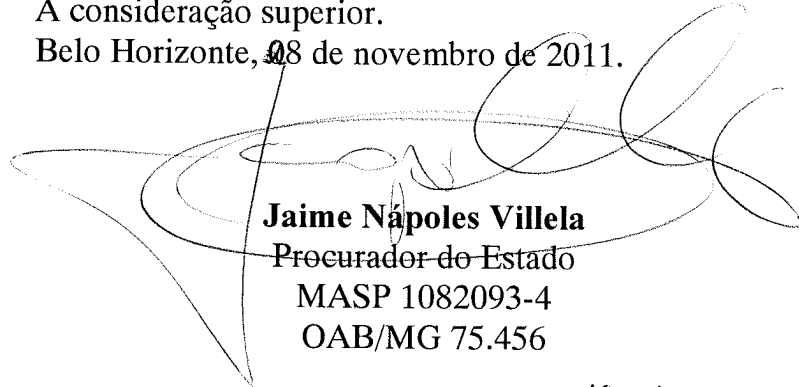
*sustar-se o "início da execução", quando desde logo verificável a incidência da "imprevisão" ocorrente no interregno em que a administração postergou os trabalhos. (STJ - 1ª T.; RO em MS nº 15.154-PE; Rel. Min. Luiz Fux; j. 19/11/2002; v.u.).*

### Conclusão

Em suma, tendo em vista a vinculação estrita da Administração aos termos do edital, do qual faz parte a minuta do contato, inexistente possibilidade de se incluir a solicitada "cláusula de responsabilização do estado em caso de dano nos equipamentos do fornecedor"; considerando que imóvel não apresenta condições físicas a ensejar a execução imediata do contrato de concessão de uso para exploração econômica do Café de Museu Mineiro, à autoridade competente para a aprovação do procedimento licitatório Pregão 02/2010 restam dois caminhos juridicamente possíveis: I) a revogação da licitação, devendo, para tanto, possibilitar o contraditório e a ampla defesa à empresa Café do Museu Ltda., e, se for o caso, indenizá-la de eventuais prejuízos que a mesma tenha sofrido, desde que sejam estes devidamente comprovados em processo administrativo; II) convocar a empresa vencedora para assinar o contrato, nas estritas condições da minuta constante do anexo IV do edital, em 05 dias, sob de decadência do direito dessa em firmar contrato, e a sustação do contrato de cessão de uso para exploração do Café do Museu até que sejam feitas reformas necessárias para a sua execução.

À consideração superior.

Belo Horizonte, 08 de novembro de 2011.



**Jaime Nápoles Villela**  
Procurador do Estado  
MASP 1082093-4  
OAB/MG 75.456

"APROVADO EM 1º / 12 / 11"



**Sérgio Pessoa de Paula Castro**  
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica  
Masp.: 592.222-8 - OAB/MG 62.597