Sessões: 8 e 9 de novembro de 2011

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, a seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

Licitação de obra pública:

1 - A necessidade de comprovação de capacidade técnico-profissional será restrita, cumulativamente, a parcelas do objeto da licitação de maior relevância e de valor significativo, consoante estabelece o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93.

2 - É ilegal a exigência de que o profissional com habilitação técnica para execução de obra assine a declaração de disponibilidade técnica, visto que esse compromisso é da empresa, conforme se depreende dos comandos contidos nos §§ 6º e 10 do art. 30 da Lei 8.666/1993.

A exigência, em procedimento licitatório conduzido por município para aquisição de retroescavadeira e trator agrícola, de que os licitantes possuam revenda exclusiva sediada no estado em que se localiza o município e de que esteja ela instalada há pelo menos cinco anos configura restrição à competitividade e violação ao comando contido no § 5º, do art. 30, da Lei 8.666/93.

A participação do Sesi em licitação pública para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais a servidores de empresa pública não se coaduna com a finalidade institucional daquele serviço social autônomo.

Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações*:*

1 - Nas licitações em que for conferido a microempresas e a empresas de pequeno porte o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante

2 - As licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, competindo ao órgão que gerencia a ata de registro de preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R$ 80.000,00 em cada item da licitação.

PLENÁRIO

Licitação de obra pública: 1 - A necessidade de comprovação de capacidade técnico-profissional será restrita, cumulativamente, a parcelas do objeto da licitação de maior relevância e de valor significativo, consoante estabelece o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93

Representação efetuada por empresa, com amparo no 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, acusou possíveis irregularidades na condução da concorrência 01/2011 realizada pelo Município de Areia/PB, que tem por objeto a contratação das obras de revitalização do Parque do Quebra, a serem custeadas com recursos do contrato de repasse 0310155-21/2009/Ministério do Turismo/Caixa Econômica Federal – CEF, no valor de R$ 5.331.655,40. O relator do feito determinou a oitiva do prefeito desse município, dos membros da comissão de licitação e da empresa contratada acerca dos indícios de irregularidades apurados, os quais teriam levado à habilitação de apenas uma licitante. Entre esses indícios, destaque-se aquele consistente na "*inabilitação de licitante por falta de atestado de capacidade técnico-profissional, a despeito de ter sido apresentado, e, ainda, para item sem relevância técnica ou econômica e com base em exigência ilegal (genérica etc.), infringindo o disposto nos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993*." Conforme registrado pela unidade técnica, o item 22.2., alínea "a", do Edital exigiu do Engenheiro Civil, responsável técnico da empresa, atestado emitido pelo CREA de execução de edificações que englobem os

serviços de "*execução de estruturas de aço e concreto, execução de rede de abastecimento de água, drenagem e esgoto, instalações elétricas de alta tensão, recuperação de pavimentos em paralelepípedo e obra de manejo ecológico/recuperação ambiental*". Os responsáveis e a empresa contratada, em resposta a oitiva do Tribunal, alegaram, como argumento principal, que as exigências contidas no edital eram pertinentes, visto que o objeto licitado não seria uma obra usual de engenharia, mas sim a "*transformação do sítio em parque urbano, mediante realocação de famílias, revitalização de área, construção de sistema de tratamento de esgotos sanitários e instalações elétricas e hidráulicas*". O relator, porém, endossou as conclusões da unidade técnica, no sentido de que a exigência contida no edital afronta o disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, segundo o qual a necessidade comprovação de capacidade técnico-profissional será restrita às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação. Na concorrência sob exame, a exigência "*abarcou a quase totalidade do objeto, tanto para itens de maior quanto para os de menor monta, como é o caso de atestado que comprovasse a execução de serviço de recuperação de erosão. Este item representa apenas 2,18% do orçamento da obra*". Ao final, apresentou proposta de anulação da Concorrência 01/2011 e do contrato dela resultante, que foi endossada pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2934/2011-Plenário, TC-019.269/2011-0, rel. Min. Valmir Campelo, 9.11.2011.***

Licitação de obra pública: 2 - É ilegal a exigência de que o profissional com habilitação técnica para execução de obra assine a declaração de disponibilidade técnica, visto que esse compromisso é da empresa, conforme se depreende dos comandos contidos nos §§ 6º e 10 do art. 30 da Lei 8.666/1993

Na condução da já citada concorrência 01/2011 realizada pelo Município de Areia/PB, que tem por objeto a contratação das obras de revitalização do Parque do Quebra, também foi apontada como possível irregularidade a inabilitação de licitante com base na exigência de que o profissional responsável pelos trabalhos assinasse a declaração de disponibilidade técnica da empresa, visto que tal exigência extrapolaria o disposto nos §§ 6º e 10 do art. 30 da Lei 8.666/1993. A comissão de licitação inabilitou empresa em razão de a declaração de disponibilidade de profissional para acompanhar a obra não estar assinada "*conjuntamente pelo representante legal da empresa e o referido profissional*". A despeito de os respectivos responsáveis e a empresa interessada terem sido chamados a se pronunciar sobre a questão, não se manifestaram a esse respeito. A unidade técnica, ao examinar a matéria, observou o que "*o § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93 estabelece que as exigências mínimas relativas a pessoal técnico especializado serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade*". E também que "*O § 10 do mesmo artigo, em complementação, diz que os profissionais* ***indicados pelo licitante*** *para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração*". A interpretação conjunta dos comandos contidos no § 6º e no §10 do art. 30 da Lei 8.666/93 "*conduz à conclusão de ser ilegal a previsão editalícia que o referido profissional também assinasse a declaração de disponibilidade técnica da empresa*", visto que o compromisso de apresentação de profissional é da empresa. Tal ocorrência serviu também de fundamento para o Plenário determinar a anulação da Concorrência 01/2011 e do contrato dela resultante. Precedente citado: Acórdão 1.332/2006 – Plenário. ***Acórdão n.º 2934/2011-Plenário, TC-019.269/2011-0, rel. Min. Valmir Campelo, 9.11.2011.***

A exigência, em procedimento licitatório conduzido por município para aquisição de retroescavadeira e trator agrícola, de que os licitantes possuam revenda exclusiva sediada no estado em que se localiza o município e de que esteja ela instalada há pelo menos cinco anos configura restrição à competitividade e violação ao comando contido no § 5º, do art. 30, da Lei 8.666/93

Representação apresentada ao TCU por empresa, com suporte no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/1993, apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial 48/2011 promovido pela Prefeitura Municipal de Itarana/ES, com o objetivo de adquirir uma retroescavadeira e um trator agrícola, a serem pagos com recursos repassados por meio do Contrato de Repasse 0329564-70/2010/Caixa/Prodesa, no valor de R$ 273.000,00. Ao examinar as alegações apresentadas pela autora da representação, em avaliação preliminar, considerou o relator desarrazoada a exigência de que os fabricantes das máquinas objeto da licitação possuam revenda exclusiva sediada no Estado do Espírito Santo há pelo menos cinco anos, visto que tal condição restringiria a competitividade do certame e violaria o §5º, do art. 30, da Lei 8.666/93, segundo o qual: "*é vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação*". Ponderou, ainda, que a cláusula em exame poderia ter sido substituída por outra

que cumprisse o objetivo pretendido pela administração, sem impor restrições indevidas. E mais: "*seria pertinente e razoável, por exemplo, conforme sugerido pela própria representante, que a Administração previsse no edital prazos contratuais para a execução de manutenções e reparos, além de cláusulas punitivas em caso de inadimplemento e não, de antemão, supor que o fato de o fabricante não ter revenda estabelecida no Estado há cinco anos implicaria riscos relevantes à Administração a ponto de justificar a inclusão no Edital da cláusula restritiva*". Além disso, empresas recém-instaladas no estado, mesmo que fossem revendas autorizadas pelos fabricantes, estariam impedidas de participar do certame. Por esses motivos, ao examinar a pertinência de concessão da medida cautelar solicitada pela representante, considerou presente o **fumus boni iuris**. Acrescentou que o **periculum in mora** também estaria caracterizado, tendo em vista a iminência de homologação da licitação. Por meio de despacho, com suporte no art. 276 do Regimento Interno/TCU, determinou à Prefeitura Municipal de Itarana/ES, em caráter cautelar, que se abstenha de dar prosseguimento ao Pregão Presencial 48/2011 ou adote as medidas necessárias com vistas a suspender qualquer ato ou contrato decorrente do referido certame, até o pronunciamento final deste Tribunal. O Plenário, em seguida, endossou essa deliberação monocrática. ***Comunicação de Medida Cautelar, TC 033.090/2011-4, rel. Min. Aroldo Cedraz, 9.11.2011.***

A participação do Sesi em licitação pública para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais a servidores de empresa pública não se coaduna com a finalidade institucional daquele serviço social autônomo

Representação formulada por empresa, com fulcro no § 1º do art. 113 da Lei 8.666/93, deu conta de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico nº 100000023/2010-DR/SC, conduzido pela Diretoria Regional de Santa Catarina da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos -ECT/DR/SC, que teve por objeto a contratação de empresa para a prestação de serviços médicos, odontológicos e ambulatoriais nas localidades de Chapecó, Lages e Tubarão, com cessão de mão de obra, por meio do sistema de registro de preços. Argumentou a representante fundamentalmente que o ente paraestatal não é prestador de serviços médicos nem odontológicos e que possui imunidade tributária, o que o impediria de explorar atividade econômica, concorrendo com as empresas privadas e desvirtuando suas atividades institucionais. A unidade técnica, após examinar os esclarecimentos da ECT – DR/SC e do SESI/DR/SC concluiu que a participação do SESI se deu com desvio de suas finalidades, haja vista, precipuamente, a natureza comercial do objeto pretendido pela ECT. Propôs, por isso, a suspensão, em caráter cautelar, da contratação decorrente do referido certame, até que o Tribunal decida sobre o mérito das questões suscitadas. O Ministério Público/TCU, por seu turno, sugere que a representação seja considerada improcedente, pois, no seu entender, não há óbices legais para a participação do SESI no certame em comento. O relator do feito, Min. José Jorge, na mesma linha de entendimento da unidade técnica, ressaltou a falta de consonância entre o objeto da licitação e a finalidade do SESI. Com o intuito de demonstrar sua conclusão, transcreveu o comando contido no art. 4º do Decreto 57.375/65, segundo o qual: "*Constitui finalidade geral do SESI: auxiliar o trabalhador da indústria e atividades assemelhadas e resolver os seus problemas básicos de existência (saúde, alimentação, habitação, instrução, trabalho, economia, recreação, convivência social, consciência sócio-política)*". Reproduziu, também, argumentação contida na instrução técnica, no sentido de que a prestação assistencial de serviços de saúde faz parte das finalidades do Sesi, mas não sua exploração comercial. E também de que não seria válido o argumento de que o Sesi pode desenvolver quaisquer ações que visem à melhoria geral do padrão de vida do país, sob pena de se chegar à conclusão de que "*o Sesi pode tudo: abrir revendas (ou mesmo fábricas) de automóveis, boates, agências de turismo, transportadoras, autódromos etc, tudo destinado ao bemestar dos trabalhadores na indústria ...*". Incorporou ao seu Voto, ainda, trechos da instrução técnica: *"Não foram apresentadas alegações de defesa para o fato de o objeto da licitação conter serviços em favor da ECT, mas contra os interesses dos trabalhadores. Ou seja, se o Sesi for contratado irá, em algumas situações, prejudicar os interesses dos trabalhadores da ECT. Quando o Sesi, na execução do contrato, realizar ou solicitar exames admissionais, atestar que um trabalhador está apto para voltar ao trabalho, auditar despesas médicas dos empregados etc, não fará isso buscando o bem-estar do trabalhador, mas sim atendendo aos interesses do empregador, da mesma forma que um perito das empresas seguradoras.*" E mais: " *... no caso presente, a contratação tem por finalidade suprir uma necessidade emanada pela entidade patronal, no caso a ECT, e não a de seus trabalhadores propriamente ditos*". Por essas razões, considerou pertinente expedir determinação ao Departamento Nacional do Sesi para que oriente suas unidades no sentido de se absterem de participar de licitações públicas cujo objeto não esteja compreendido em suas finalidades institucionais. Tendo em vista, porém, que a ECT firmou contrato com o Sesi para viger até 1º/3/2012 e que a "*sua rescisão pode acarretar mais transtornos que benefícios*",

considerou conveniente efetuar determinação à ECT no sentido de que o referido contrato não seja prorrogado. ***Acórdão n.º 2917/2011-Plenário, TC-020.832/2010-9, rel. Min. José Jorge, 9.11.2011.***

Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações: 1- Nas licitações em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante

Consulta do Presidente do Tribunal Superior do Trabalho versando sobre o tratamento diferenciado dispensado a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP) nas contratações públicas indagou ao TCU: "*2.1. Nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 deve-se restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado do Espírito Santo, sob pena de cumprir-se apenas parcialmente a legislação aplicável à matéria?*". O relator do feito, Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, ponderou inicialmente que a Lei Complementar nº 123, de 2006, com respaldo dos comandos contidos nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, "*fixou normas gerais atinentes ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*". Transcreveu o art. 48, inciso I da citada lei: "*Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*". Anotou, em seguida, que, no âmbito da administração pública federal esse tratamento diferenciado para as ME e EPP nas contratações públicas de bens, serviços e obras (arts. 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006) foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204, de 2007. Fez menção, também, ao art. 2º, inciso I, do Decreto nº 6.204, de 2007, segundo o qual os órgãos ou entidades contratantes "*devem identificar, sempre que possível, as ME e EPP sediadas regionalmente, constituindo, para tanto, cadastro próprio, de acesso livre, ou adequando os eventuais cadastros existentes, de modo a ampliar a participação dessas empresas nos processos licitatórios conduzidos pela Administração*". Considerou, porém, que esse comando "*não tem o desiderato de impedir que acorram aos certames microempresas ou empresas de pequeno porte que não estejam estabelecidas na mesma praça em que se situa o órgão licitante, ressaltando-se tão-somente, de acordo com o inciso IV desse artigo 2º, que, na definição do objeto da contratação, não devem ser utilizadas especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das ME e EPP sediadas regionalmente*". Ao final, em linha de consonância com o entendimento da assessoria jurídica do TST e da unidade técnica, o relator sugeriu informar ao TST que: "*nos editais de licitação em que for conferido o tratamento diferenciado previsto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, e no art. 6º do Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, não se deve restringir o universo de participantes às empresas sediadas no estado em que estiver localizado o órgão ou a entidade licitante;*". O Tribunal, então, endossou essa proposta de encaminhamento. ***Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 9.11.2011.***

Tratamento dispensado a microempresas e a empresas de pequeno porte em licitações: 2 - As licitações processadas por meio do sistema de registro de preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a ata de registro de preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R$ 80.000,00 em cada item da licitação

Na mesma consulta formulada pelo Presidente TST, o Tribunal foi chamado a responder as seguintes indagações: "*2.2. As licitações processadas mediante o Sistema de Registro de Preços (SRP), cujo valor estimado seja igual ou menor a R$ 80.000,00, devem ser destinadas à contratação exclusiva de ME e EPP? 2.3. No caso de resposta afirmativa à questão anterior, nas licitações processadas por meio do SRP, que forem destinadas à contratação exclusiva de ME e EPP, podem-se definir regras para os órgãos interessados na adesão, segundo as quais a quantidade de itens/valores a ser adquirida deverá ser somada às quantidades das contratações já efetivadas, de forma que a soma não supere a R$ 80.000,00?"*. O relator, ao enfrentar tais questões, observou que a utilização do Sistema de Registro de Preços foi regulamentada pelo Decreto nº 3.931, de 2001. Acrescentou que "*os preços e condições de contratação passam a constar da*

Ata de Registro de Preços (v. art. 1º, inciso II, do Decreto nº 3.931/2001), ficando disponíveis para qualquer órgão ou entidade da Administração, ainda que não tenha participado do certame licitatório, mediante consulta prévia ao órgão gerenciador da referida ata, desde que devidamente comprovada a vantagem (cf. art. 8º do Decreto nº 3.931/2001), e contanto que as aquisições ou contratações adicionais não excedam, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços, nos termos do § 3º desse artigo 8º". Anotou, entretanto, que o Tribunal, por meio do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário, cujo Voto condutor foi proferido pelo Valmir Campelo, sinalizou, no subitem 9.2.2., a necessidade de que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão adotasse providências *"com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registros de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando a preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública, tendo em vista que as regras atuais permitem a indesejável situação de adesão ilimitada a atas em vigor, desvirtuando as finalidades buscadas por essa sistemática"*. Acrescentou, ainda, que o limite máximo de R$ 80.000,00 a que se refere o art. 48, inciso I, da Lei nº 8.443/1993 deve ser aferido para cada item que passará a ter seu preço registrado. Tudo se passa como se fossem realizadas "*várias licitações distintas e independentes*" para cada um dos itens. Destacou o relator, ainda, que o art. 6º do Decreto nº 6.204, de 2007, ao impor à administração o dever de realizar procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), "*teria ido além do previsto no art. 48, inciso I, da Lei nº 123, de 2006*". Concluiu, por isso, que essas licitações não necessariamente devem, mas sim "*podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte*". Em face dessas conclusões, ao acatar proposta do relator, o Plenário decidiu aprovar, em resposta aos quesitos acima formulados, a seguinte resposta: "*9.2.2. as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços, cujo valor estimado seja igual ou inferior a R$ 80.000,00, podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, competindo ao órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorizar a adesão à referida ata, desde que cumpridas as condições estabelecidas no art. 8º do Decreto nº 3.931, de 2001, e respeitado, no somatório de todas as contratações, aí incluídas tanto as realizadas pelos patrocinadores da ata quanto as promovidas pelos aderentes, o limite máximo de R$ 80.000,00 em cada item da licitação;*". ***Acórdão n.º 2957/2011-Plenário, TC-017.752/2011-6, rel. Min. André Luís de Carvalho, 9.11.2011.***

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br