

Sessões: 6 e 7 de dezembro 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**

A obrigação de que licitante comprove possuir velocidade mínima de conexão com a internet de 1 Gb/s, apenas um dia após a realização dos lances, em pregão eletrônico para contratação de serviços de processamento de dados de concursos públicos, restringe a competitividade do certame, visto que deveria ter sido conferido prazo razoável para a disponibilização da velocidade requerida pela empresa declarada vencedora.

A exigência, em pregão eletrônico que tem por objeto a aquisição de equipamentos de informática para uso didático e administrativo, de que os equipamentos principais, os sistemas operacionais e os respectivos periféricos (monitores, teclados e mouses) sejam produzidos pelo mesmo fabricante configura restrição indevida ao caráter competitivo do certame.

É lícita a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, o que, porém, não isenta o gestor de justificar os preços contratados.

A diminuição significativa de custos incorridos por empresa contratada para execução de obras rodoviárias, como a severa redução da distância média de transporte do insumo cimento, impõe a repactuação do contrato, com o intuito de que se reestabeleça o equilíbrio econômico-financeiro da avença, em face do que dispõe o comando contido no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93.

A deflagração de procedimento licitatório para contratação de obras rodoviárias, no âmbito do Programa de Contratação, Restauração, e Manutenção por Resultados de Rodovia Federais Pavimentadas - 2ª etapa, pressupõe a existência de projeto básico realizado a partir de levantamentos que revelem as atuais condições do pavimento e em orçamento elaborado com base em preços de referência também atualizados.

A inclusão, em editais de licitações para obras de manutenção rodoviária, de cláusulas que impeçam a formalização de termos aditivos aos contratos para alteração quantitativa ou qualitativa das soluções de projeto viola o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666/93 e o contido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

PLENÁRIO

A obrigação de que licitante comprove possuir velocidade mínima de conexão com a internet de 1 Gb/s, apenas um dia após a realização dos lances, em pregão eletrônico para contratação de serviços de processamento de dados de concursos públicos, restringe a competitividade do certame, visto que deveria ter sido conferido prazo razoável para a disponibilização da velocidade requerida pela empresa declarada vencedora

Representação apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 08/2011, conduzido pela Escola de Administração Fazendária – ESAF, que tem por objeto a contratação de serviços de processamento de dados de concursos públicos, no valor estimado de R\$ 3.940.000,00, as quais teriam restringido a competitividade do certame. Consoante disposição contida no respectivo edital, “9.2 - Após o encerramento da fase de recursos, antes da adjudicação do objeto, a ESAF, por intermédio de representantes da Diretoria de Recrutamento e Seleção e da Gerência de Tecnologia da Informação verificará na sede da empresa vencedora o atendimento às exigências contidas nos subitens 11.1, 11.2, 12.1, 12.2, 12.3, 12.4, 12.5 e 13.2 do Termo de Referência, anexo I do Edital”. Entre essas exigências, destaca-se a seguinte: “Termo de Referência (...) 12.2 - Declaração de que possui a conexão com a internet com a velocidade mínima de 1 Gb/s. A comprovação, anterior ou posterior, deverá ser feita mediante a apresentação de certificação emitida pela concessionária dos serviços”. Ocorre que a segunda colocada apresentou contrato particular por

ela celebrado que indicava a possibilidade de, em 5 dias a contar do resultado do certame, disponibilizar a velocidade de conexão de internet de 1,5 Gbps, velocidade essa superior à prevista no edital. Consoante disposto, em ata, porém, a desclassificação da primeira colocada deu-se em 8/11/2011, apenas um dia após a realização dos lances; e a da segunda colocada, em 9/11/2011. Ao examinar o feito, o relator fez menção ao pronunciamento da Diretoria de Recrutamento e Seleção da ESAF, no sentido de que a exigência sob investigação seria usual. O relator, porém, consignou que *“a exigência de requisitos de qualificação técnica deve estar de acordo com o art. 30 da Lei 8.666/93 e devem ser devidamente fundamentadas no processo, conforme estabelece a jurisprudência do tribunal”*. E acrescentou que *“o órgão deve apresentar as justificativas técnicas e não informar que, por ser uma praxe da administração, a exigência deve ser mantida”*. Anotou, ainda, que *“não consta dos itens 9.2 do edital e 12.2 do Termo de Referência prazo razoável para que a empresa declarada vencedora pudesse disponibilizar a velocidade de conexão requerida no edital”*. E também que a exigência terminou por atingir, indevidamente, a licitação e não a celebração do contrato. Arrematou: *“Isso onera o licitante desnecessariamente e restringe a competitividade da licitação”*, além de afrontar orientação contida no Acórdão 2.583/2006 - Primeira Câmara, com possível prejuízo ao erário da ordem de R\$ 850.000,00. Por esses motivos, o relator do feito decidiu: a) conceder medida cautelar com o intuito de suspender todos os atos decorrentes do Pregão Eletrônico 08/2011, inclusive a celebração de contrato com eventual licitante; b) promover a oitiva da Escola de Administração Fazendária – ESAF e da fundação a qual foi adjudicado o objeto da licitação para manifestarem-se sobre as ocorrências apontadas na representação. Precedentes mencionados: Acórdãos nº. 2.450/2009 – Plenário e Acórdãos nº. 3.667/2009 e nº. 5.611/2009, ambos da Segunda Câmara. **Comunicação ao Plenário, TC-036.417/2011-4, rel. Min. Valmir Campelo, 7.12.2011.**

A exigência, em pregão eletrônico que tem por objeto a aquisição de equipamentos de informática para uso didático e administrativo, de que os equipamentos principais, os sistemas operacionais e os respectivos periféricos (monitores, teclados e mouses) sejam produzidos pelo mesmo fabricante configura restrição indevida ao caráter competitivo do certame

Representação, com pedido medida cautelar, apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 90/2011, realizado pela Fundação Universidade Federal do ABC – UFABC, com o objetivo de promover registro de preços para aquisição de equipamentos de informática para uso didático e administrativo. A unidade técnica considerou, em avaliação preliminar, indevidas algumas restrições contidas no edital. Entre elas, destaque-se a exigência de equipamento com periféricos do mesmo fabricante, sem possibilidade de aceitação de monitor, teclado e mouse de diferentes marcas. A UFABC, em sua manifestação, invocou suposta inviabilidade de compatibilização de hardware e diversos sistemas operacionais utilizados naquela instituição. Argumentou, ainda, que, na hipótese de falhas e eventual incompatibilidade entre o equipamento e os periféricos, o contato com um único fornecedor seria mais eficiente e permitiria solução mais rápida dos problemas. A unidade técnica considerou, no entanto, que tais argumentos não merecem acolhida, *“devido à inexistência de justificativa técnica adequada”*. Isso porque *“Os periféricos em questão (teclado, mouse e monitor) possuem interfaces amplamente padronizadas, independentemente do fabricante. Além disso, em caso de eventuais falhas, os fabricantes de equipamentos e sistemas operacionais disponibilizam constantemente atualizações gratuitas que corrigem possíveis falhas”*. Observou, ainda, que *“essa exigência restringe sobremaneira o mercado, visto que diversos fabricantes de equipamentos não produzem periféricos”*. Anotou, ao final, que *“o único efeito que se visualiza das exigências é a elevação dos custos da aquisição”*. Também por esse motivo, entendeu estar configurado o **fumus boni iuris**. O relator ratificou tais conclusões. Acrescentou que o referido pregão eletrônico havia sido homologado em 27/10/2011 e que provavelmente já teria sido constituída ata de registro de preços e celebrado contrato dela decorrente, pela própria UFABC. E mais: *“considerando ainda a perspectiva de que outros órgãos/entidades venham aderir àquela ata, reconheço também a presença do requisito do **periculum in mora** e a necessidade de urgência na ação desta Corte”*. Determinou à UFABC, então, em caráter cautelar, que se abstenha de *“celebrar novos contratos decorrentes do Pregão Eletrônico n.º 90/2011, envolvendo os itens 1, 2 e 3 do termo de referência (“Workstation tipo 1”, “Workstation tipo 2” e “Desktop”), nos quais foram constatadas irregularidades que justificam o provimento acautelatório, bem assim de autorizar adesão à ata de registro de preços dele resultante, até que o Tribunal delibere sobre o mérito da matéria”*. Autorizou, também, a oitiva da UFABC e das empresas vencedoras dos citados itens 1, 2 e 3 do termo de referência para que se pronunciassem a respeito dos indícios de irregularidades apontados na representação. O Plenário, em seguida, endossou a decisão do relator. **Comunicação ao Plenário, TC-032.116/2011-0, rel. Min. José Jorge, 7.12.2011.**

É lícita a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita junto a editoras que possuam contratos de exclusividade com os autores para editoração e comercialização das obras, o que, porém, não isenta o gestor de justificar os preços contratados

Representação apontou como irregular a contratação direta de editora para a aquisição de livros didáticos e paradidáticos para 300 escolas de ensino médio, no valor de R\$ 2.516.225,00, efetuada pela Secretaria Estadual de Educação do Pará – Seduc/PA, com recursos oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE. O relator ressaltou inicialmente que havia concedido medida cautelar, a qual foi endossada pelo Plenário, vedando novas aquisições diretas de livros, por falta de observância do disposto no comando contido no art. 25, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. Ao abordar essa questão, observou que o Tribunal deparou-se, em outras ocasiões, com casos concretos semelhantes ao que ora se examina. Registrou que *“esta Casa tem admitido a aquisição direta de livros, por inexigibilidade de licitação, quando feita diretamente às editoras, por essas possuírem contratos de exclusividade, com os autores, para a editoração e a comercialização das obras (Decisão nº 1.500/2002-P, Acórdão nº 1.299/2003-1ªC, Acórdão nº 1.889/2007-P, Acórdão nº 835/2009-P, Acórdão nº 6.803/2010-2ªC e Acórdão nº 950/2011-P); ou quando reconhecida a condição de comerciante exclusivo de uma empresa (distribuidora ou livraria), outorgada pela editora (Acórdão 320/2005-1ªC)”*. Tal orientação, consignou, resulta fundamentalmente da inviabilidade de competição, por impossibilidade de efetuar o confronto de ofertas. E prosseguiu: *“Há que se verificar se, na contratação feita pela Seduc/PA, por inexigibilidade de licitação, ficou caracterizada a exclusividade de fornecimento e, portanto, a inviabilidade de competição, respaldada em atestado de exclusividade, em acordo com o preconizado no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93 ...”*. O relator, com esse intuito, considerou declaração da Câmara Brasileira do Livro – CBL, que atesta a *“exclusividade da edição, publicação, distribuição e comercialização, em todo o território nacional, das referidas obras”*, assim como a declaração de que a editora contratada é representante exclusiva, no estado do Pará, da editora que detém os direitos para distribuição de seis dos títulos que foram adquiridos. Foram também trazidos aos autos cópias dos contratos firmados entre os autores e as editoras, que demonstram a exclusividade de edição e comercialização. Por esses motivos, o relator, divergindo do entendimento de que seria indevida a referida inexigibilidade, considerou *“estar comprovada a exclusividade da editora contratada na editoração e comercialização das obras adquiridas, sendo regular, a meu ver, sua contratação direta pela Seduc/PA”*. Acrescentou, a propósito, que *“normativo federal (IN/MARE nº 02/98) permite a contratação direta de editoras, por inexigibilidade, para a compra de livros e periódicos”*. Apesar disso, vislumbrou indícios de sobrepreço nas aquisições efetuadas. Isso por que não teria sido observada condição imposta pela IN/MARE 02/1998 de fornecimento de desconto mínimo de 20% sobre o preço de capa. Ressaltou que *“a referida inexigibilidade não é suficiente para dispensar o gestor da justificativa para os preços contratados, a teor do que determina o art. 26, inciso III, da lei de licitações”*. Por esses motivos, ao acolher proposta formulada pelo relator, o Plenário decidiu considerar improcedente a representação. Não obstante, determinou ao FNDE que *“considere, quando da análise da prestação de contas dos recursos repassados à Secretaria Estadual de Educação do Pará – Seduc/PA, no âmbito do Programa Especial de Fortalecimento do Ensino Médio, os indícios de sobrepreço apontados no presente processo, referentes à contratação das editoras (...) e, caso sejam detectados que os potenciais prejuízos tenham se concretizado, instaure a competente tomada de contas especial”*. Precedentes mencionados: Acórdãos nºs 6.803/2010 e 1.163/2011, ambos da Segunda Câmara. **Acórdão n.º 3.290/2011-Plenário, TC-030.180/2010-4, rel. Min. José Jorge, 7.12.2011.**

A diminuição significativa de custos incorridos por empresa contratada para execução de obras rodoviárias, como a severa redução da distância média de transporte do insumo cimento, impõe a repactuação do contrato, com o intuito de que se reestabeleça o equilíbrio econômico-financeiro da avença, em face do que dispõe o comando contido no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93

Consórcio contratado para executar obras de manutenção de trechos rodoviários na BR-230/MA, objeto do Contrato Dnit/TT nº 96/2010-0, interpôs pedido de reexame contra decisão proferida por meio do Acórdão nº 2954/2010-Plenário, em que decidiu o Tribunal: *“9.1. determinar ao Dnit que, após dar amplo direito de defesa às contratadas: (...) 9.1.3. verifique junto à usina localizada em Xambioá/TO a possibilidade de fornecimento de cimento para a obra, repactuando os respectivos contratos caso se confirme essa hipótese, em face da alteração de DMTs; 9.1.4. obtenha, junto às contratadas, a comprovação de origem do cimento adquirido para as etapas de serviço já prestadas, certificando-se de que não foi utilizado fornecedor mais próximo que o inicialmente previsto, caso em que caberá compensação [a ser efetuada em parcelas*

vincendas] ...”. Tal determinação decorreu da verificação de que certos preços unitários do Contrato Dnit/TT nº 96/2010-00 foram calculados com base na Distância Média de Transporte - DMT de 695 km (fábrica situada em Codó/MA). Contudo, durante a execução do contrato, o cimento passou a ser adquirido de outra fábrica, com DMT de apenas 254 km, situada em Xambioá/TO. Tal fato provocou o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e, ante a inércia da administração, demandou a atuação corretiva do Tribunal. O recorrente, em sua peça, alegou que a referida alteração não desequilibrou a avença. E, também, que as condições efetivas da proposta não podem jamais ser rompidas unilateralmente, visto que as bases econômico-financeiras do contrato devem ser mantidas durante a execução do contrato, em face do que prescreve o art. 37, XXI, da CF, c/c o art. 58, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Acrescentou que a remuneração dos contratos administrativos deve se dar com base nos preços unitários pactuados, e não com base no custo efetivo de cada item. O relator, porém, ao refutar essa argumentação, esquadrinhou os dispositivos que se aplicam ao caso sob exame e asseverou: “*ao contrário do que sugere o recorrente em sua peça recursal, a revisão do Contrato Dnit/TT nº 96/2010-00 não seria decorrente da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (...), uma vez que não há falar aqui em alteração unilateral – nem qualitativa tampouco quantitativa no objeto pactuado –, mas tão somente corolário da simples e direta aplicação do conteúdo do art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93*”. Em face do surgimento da nova fábrica em Xambioá/TO, “*a administração deveria, em homenagem ao princípio da economicidade, negociar com a contratada o fornecimento do cimento nessas novas condições*”. Anotou também que, “*Com a anuência do consórcio (assinatura do aditivo), estar-se-ia promovendo, consensualmente, o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato Dnit/TT nº 96/2010-00 ...*”. Reconheceu, porém, que “*Caso o consórcio não concordasse com a aquisição do cimento dessa nova fábrica, a administração teria que partir para outra solução economicamente mais vantajosa, a qual envolveria, muito provavelmente, a rescisão contratual por motivo de interesse público e a realização de nova licitação...*”. Acrescentou: não é admissível que a contratada se beneficie da majoração do lucro na avença, “*em consequência da significativa redução de custos com aquisição de cimento para a obra*”. Com base nesses elementos de convicção, o Plenário do Tribunal, ao acolher proposta do relator, decidiu conhecer o pedido de reexame interposto pelo consórcio contratado, mas negar provimento a esse recurso. **Acórdão n.º 3.289/2011-Plenário, TC-014.982/2010-2, rel. Min. José Jorge, 7.12.2011.**

A deflagração de procedimento licitatório para contratação de obras rodoviárias, no âmbito do Programa de Contratação, Restauração, e Manutenção por Resultados de Rodovia Federais Pavimentadas - 2ª etapa, pressupõe a existência de projeto básico realizado a partir de levantamentos que revelem as atuais condições do pavimento e em orçamento elaborado com base em preços de referência também atualizados

Auditoria no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit avaliou projetos, editais, atos e contratos concernentes ao Programa de Contratação, Restauração, e Manutenção por Resultados de Rodovia Federais Pavimentadas - 2ª etapa, que visa promover a melhoria de 60% da malha rodoviária brasileira, em valor estimado de R\$ 16 bilhões. Entre diversos achados, a Secretaria de Obras - 2 apontou deficiências nos projetos básicos examinados, quanto aos aspectos seguintes: **a) condição dos pavimentos:** o período de tempo compreendido entre os levantamentos dos defeitos em rodovias e o início das obras, estimado em aproximadamente dois anos, poderá ser danoso em razão da “*ausência de critérios objetivos para se estimar a evolução dos defeitos*”. Além disso, impede que sejam consideradas intervenções recentes em cada trecho de rodovia. A equipe de auditoria rejeitou a alegação de que os levantamentos deflectométricos realizados em campo não apresentariam variação significativa em período inferior a dois anos. Anotou, a respeito desses levantamentos, que “*as trincas no pavimento ... podem experimentar significativa evolução nesse intervalo de tempo (dois anos)*”, razão pela qual reputa necessário reavaliar, anteriormente à publicação dos editais de licitação, a ocorrência de eventual evolução das trincas e panelas nos pavimentos. **b) orçamentos das obras:** acrescentou a equipe de auditoria que, “*Em face de recentes correções de preços relevantes do SICRO 2, feitas a partir de setembro de 2010, ... a desatualização dos orçamentos realizados no âmbito do Programa CREMA 2ª poderá causar prejuízo ao erário da ordem de centenas de milhões de reais*”. O relator, em seu Voto, endossou a análise da unidade Técnica. O Plenário do Tribunal, por sua vez, ao acolher proposta do relator, decidiu determinar ao Dnit que: “*9.1.7. se abstenha de licitar obras no âmbito do CREMA 2ª Etapa (contratos de restauração e manutenção) com base em projetos fundamentados em levantamentos de campo das condições estruturais do pavimento realizados há mais de dois anos ou que não tenham considerado as contribuições relativas às eventuais intervenções realizadas no pavimento após a conclusão dos levantamentos de campo efetuados originalmente para alicerçar o desenvolvimento dos*

projetos; 9.1.8. reavalie, após inspeção em campo, antes da publicação dos editais de licitação, a ocorrência de eventual evolução das trincas (FC1, FC2, FC3 e painéis), de modo que tanto o projeto quanto o respectivo orçamento base reflitam de modo fidedigno as atuais condições funcionais do pavimento a ser restaurado;”. **Acórdão n.º 3.260/2011-Plenário, TC-008.979/2011-1, rel. Min. José Múcio Monteiro, 7.12.2011.**

A inclusão, em editais de licitações para obras de manutenção rodoviária, de cláusulas que impeçam a formalização de termos aditivos aos contratos para alteração quantitativa ou qualitativa das soluções de projeto viola o disposto no art. 65 da Lei nº 8.666/93 e o contido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal

Também na citada auditoria realizada no Programa de Contratação, Restauração, e Manutenção por Resultados de Rodovia Federais Pavimentadas - 2ª etapa, a unidade técnica consignou que “o edital padrão do CREMA 2ª etapa, no Capítulo III - Indicações Particulares, faz referência a normativo do Ministério dos Transportes (Portaria nº 7/2008, complementada pela Portaria nº 207/2010 do mesmo órgão) que prevê a vedação de termo aditivo aos contratos”. Segundo o comando contido no § 5º do art. 2º da Portaria nº 207/2008 do Ministério dos Transportes, “§ 5º Os contratos para a execução dos serviços necessários à realização das obras de restauração/recuperação e conservação rodoviária serão sob o regime de empreitada global, vedada a realização de termo aditivo para alteração quantitativa ou qualitativa das soluções do projeto”. Ainda segundo o edital, ‘A empresa deverá apresentar declaração de que assume todos os riscos, inclusive os de projeto e aqueles resultantes da deterioração do pavimento, além de qualquer imprevisto que possa ocorrer durante o período contratado, excetuando-se a ocorrência de situação de emergência, conforme modelo constante do edital’. Considerou a unidade técnica que esses dispositivos do edital violam os comandos contidos no art. 65 da Lei nº 8.666/93, bem como o do art. 37, inciso XXI, da Constituição. E, ao examinar as razões produzidas pelo DNIT a esse respeito, reputou-as incapazes de afastar a presunção de ilegalidade dos citados comandos regulamentares. Observou que “Os projetos para o programa, assim, basear-se-ão em soluções pré-catalogadas, de acordo com o estado da rodovia (...)”. Em face dessa previsão, “modificações típicas de projeto, como redução do consumo de CAP; a diminuição - ou aumento - das distâncias de transporte para obtenção dos insumos; ou alteração na forma de aquisições de brita e areia (comercial ou extraída); ou mudanças nas alterações nas quantidades dos agregados ou cimento das estabilizações granulométricas; e mesmo soluções de engenharia distintas das projetadas (para o mesmo estado do pavimento), todas elas com elevadíssimo impacto no preço final do empreendimento, não repercutiriam em revisão contratual”. Entretanto, segundo a unidade técnica, “o art. 65, inciso I da Lei nº 8.666/93, norma de hierarquia legal superior às Portarias nºs 7/2008 e 207/2010, prevê disposição específica contrária, seja em empreitadas por preço globais ou em empreitadas por preços unitários ...”. E mais: os acima mencionados comandos do edital, não preservam o equilíbrio entre os encargos contratados e a respectiva contrarremuneração pela Administração, em afronta ao que prescreve o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal. O relator endossou as conclusões da unidade técnica. O Plenário, em seguida, ao acolher proposta do relator, determinou ao DNIT que “9.1.1. se abstenha de incluir nos editais das licitações para obras de manutenção rodoviária objeto do programa CREMA 2ª etapa, sob pena da nulidade do certame licitatório: a) cláusulas que impeçam a formalização de termos aditivos aos contratos para alteração quantitativa ou qualitativa das soluções de projeto; (...)” **Acórdão n.º 3.260/2011-Plenário, TC-008.979/2011-1, rel. Min. José Múcio Monteiro, 7.12.2011.**

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