

Sessões: 4 e 5 de dezembro de 2012

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, dos aspectos relevantes que envolvem o tema. 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.

NOVIDADE

Desde o dia 27/9/2012, está disponível, no portal do Tribunal, opção de **consulta textual** a todas as edições do Informativo de Licitações e Contratos.

SUMÁRIO

Plenário

1. É lícita a adoção da sistemática de revisão por meio de índices (reajuste) dos valores de contratos de prestação de serviço de duração continuada em que não há prevalência de mão de obra.
 2. A subcontratação parcial de obra, serviço ou fornecimento de bens só deve ser implementada quando houver sido prevista no edital da licitação e no respectivo contrato. É possível admiti-la sem que estejam presentes tais requisitos, em caráter excepcional, quando restar demonstrada a ocorrência de fato superveniente que a torne conveniente para a Administração.
 3. A concessão do benefício de participação nos lucros e resultados a empregados de empresas que prestam serviços continuados à Administração não pode ser invocada como justificativa para promoção de reequilíbrio econômico-financeiro do respectivo contrato.
 4. Os serviços de supervisão de obras devem, em regra, ser licitados na modalidade pregão, uma vez que seus padrões de desempenho e qualidade podem ser, na maioria das vezes, objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado.
 5. A declaração de nulidade de ato ou fase da licitação não implica necessariamente a invalidação de todo o procedimento licitatório. É possível a anulação apenas do ato viciado, dos atos subsequentes e do contrato eventualmente celebrado, com aproveitamento dos atos isentos de vícios.
-

PLENÁRIO

1. É lícita a adoção da sistemática de revisão por meio de índices (reajuste) dos valores de contratos de prestação de serviço de duração continuada em que não há prevalência de mão de obra

Pedido de reexame interposto pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT contra o Acórdão 2.219/2010-Plenário requereu a reforma de diversos itens dessa deliberação. Destaque-se, entre eles, o que continha determinação dirigida a essa empresa, lavrada nos seguintes termos: “9.8.1. *reveja as orientações constantes no Manual de Licitações de Contratações – MANLIC, de forma a adequá-las ao entendimento firmado pelo TCU no Acórdão nº 1.374/2006-Plenário, no sentido de que as empresas estatais devem adotar a sistemática de repactuação dos contratos de prestação de serviço de duração continuada, com base na variação dos custos efetivos, em detrimento da sistemática de adoção de índices gerais de preço para reajustamento periódico, conforme estabelecido na Resolução nº 10/1996 do CCE c/c a IN MARE nº 18/1997*”. A recorrente alegou que tal determinação deveria abranger somente as contratações de serviços de duração continuada com prevalência de mão de obra, mas não aquelas “*em que o elemento principal não seja a mão de obra, como no caso de serviços de telefonia, energia elétrica e serviços de transporte em geral, por exemplo*”. Asseverou que o manual de licitações de contratações da empresa, para os contratos com prevalência de mão de obra, “*atende à decisão desta Corte de Contas, mas que, em relação aos outros, adota o estabelecimento de índice de reajuste*”. De acordo com a ECT, os comandos contidos nos arts. 40,

XI, e 55, III, ambos da Lei 8.666/93, servem de fundamento para o estabelecimento de um índice como critério de revisão de tais contratos. A unidade técnica, então, reconheceu a consistência dessa argumentação e invocou decisão que respalda esse raciocínio, proferida por meio do Acórdão 602/2009 – Plenário. Por isso, propôs tornar o acima transcrito comando decisório sem efeito, sob o argumento de que, “na maioria das vezes que o Tribunal debateu a fixação de índice de reajuste, o caso concreto estava relacionado à contratação com a prevalência de custo na mão de obra e que isso não significa dizer que a lógica de repactuação se limite a esse tipo de avença, e que nos demais casos a melhor alternativa seja fixar índice de reajuste”. E mais: “... o critério de reajuste previsto na Lei 8.666/93 não pode ser interpretado como a autorização para que o contratante adote diretamente na avença um índice setorial sem agregar outros elementos que lhe faculte confrontar os valores com os preços de outros contratos celebrados pela Administração ...”. Por esses motivos, o MP/TCU reitera seu entendimento no sentido de que “a repactuação deve ser a regra a ser aplicada nos casos das contratações de prestação de serviços de natureza continuada, sem restringir a sua adoção aos casos em que haja a prevalência dos custos de mão de obra”. Propõe, ao final, a manutenção da citada determinação. O relator, ao se alinhar ao posicionamento da unidade técnica, anotou que se afigura inconveniente engessar a Administração, uma vez que pode ser adequada a adoção de uma ou outra forma, a depender do contrato (repactuação de preços ou revisão com base em índices). Concluiu, então, que “não há qualquer afronta ao ordenamento jurídico, quando se fazem presentes em um contrato de serviços de natureza continuada cláusulas que preveem seu reajuste, isso supondo que a vigência do contrato extrapola 12 meses, bem como sua repactuação”. Citou então precedentes que respaldam esse entendimento: Acórdão 54/2012 e Acórdão 2760/2012, ambos do Plenário. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator e da unidade técnica, concedeu provimento ao pedido de reexame da ECT e tornou insubsistente do subitem 9.8.1 do Acórdão 2.219/2010-Plenário. **Acórdão nº 3388/2012-Plenário, TC-005.383/2007-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 5.12.2012.**

2. A subcontratação parcial de obra, serviço ou fornecimento de bens só deve ser implementada quando houver sido prevista no edital da licitação e no respectivo contrato. É possível admiti-la sem que estejam presentes tais requisitos, em caráter excepcional, quando restar demonstrada a ocorrência de fato superveniente que a torne conveniente para a Administração

Auditoria realizada nas prefeituras municipais de Minas Novas/MG, Governador Valadares/MG e Teófilo Otoni/MG avaliou a regularidade na aplicação dos recursos em programas ligados ao transporte escolar. Destaque-se, entre os achados de auditoria, o seguinte indício de irregularidade, verificado no âmbito da Prefeitura municipal de Governador Valadares/MG: “a) ter permitido que as empresas vencedoras do pregão presencial 218/2010, referente a transporte escolar de 2011, delegassem a execução de partes majoritárias dos serviços à cooperativa CP Transleste, sem que o edital correspondente ao processo licitatório possibilitasse tal subcontratação ...”. A unidade técnica considerou indevida a terceirização da execução de transporte escolar sem autorização da Administração. Considerou, contudo, ao acolher parcialmente as razões invocadas pelo responsável, que “a subcontratação, mesmo sem previsão editalícia ou contratual, por si só, não é ilegal”. Anotou que tal entendimento foi externado pelo Tribunal em decisão proferida por meio do Acórdão nº 5532/2010 - 1ª Câmara, que tem o seguinte sumário: 1. A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração”. O relator invocou, então, o disposto nos arts. 72 e 78, inciso VI, da referida lei: “Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. [...] Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial (...), não admitidas no edital e no contrato” – grifos do relator. Acrescentou que a decisão citada pela unidade técnica “não traduz o entendimento majoritário no âmbito desta Corte de Contas”. Passou, em seguida, a elencar deliberações do Tribunal, no sentido de ser lícita a subcontratação parcial de obra, serviço ou fornecimento, desde que tenha sido previamente prevista no edital e conste do respectivo contrato (Acórdãos nº 1045/2006, nº 2831/2009 e nº 2992/2011, todos do Plenário e Acórdão nº 717/2011 - 2ª Câmara, entre outras). Concluiu, então, que, “à luz da jurisprudência do TCU, a regra é no sentido de que o edital da licitação, cuja minuta de contrato lhe é anexa, preveja a subcontratação, admitindo-a expressamente, discriminando inclusive quais itens (partes) do objeto poderão ser subcontratados. Concluiu, portanto, que a subcontratação não prevista no edital e no contrato “deve ser vista não como regra,

mas sim como hipótese absolutamente excepcional, extraordinária, resultante de fato superveniente, de forma a atender, aí sim, na expressão usada pela unidade técnica, ‘uma conveniência da administração’...”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu dar ciência ao Município de Governador Valadares/MG quanto à: *“subcontratação do transporte escolar em favor de cooperativas, por parte de empresas vencedoras de processo licitatório em 2011, sem que houvesse previsão editalícia e contratual, tampouco aprovação pela Administração municipal, em flagrante contrariedade ao disposto nos arts. 72 e 78, VI, da Lei nº 8.666/93, e à jurisprudência majoritária deste Tribunal”.* Precedentes mencionados: Acórdãos nº 1045/2006, nº 2831/2009 e nº 2992/2011, todos do Plenário e Acórdão nº 717/2011 - 2ª Câmara. **Acórdão nº 3378/2012-Plenário, TC-026.757/2011-7, rel. Min. José Jorge, 5.12.2012.**

3. A concessão do benefício de participação nos lucros e resultados a empregados de empresas que prestam serviços continuados à Administração não pode ser invocada como justificativa para promoção de reequilíbrio econômico-financeiro do respectivo contrato

Consulta formulada pelo Presidente da Câmara dos Deputados formulou os seguintes questionamentos ao TCU: *“a) o benefício concedido aos empregados de empresas que prestam serviços continuados à Administração previsto em Convenção Coletiva de Trabalho como participação nos lucros pode ser considerado custo de venda dos serviços? b) em caso afirmativo, não tendo sido previsto na proposta original, poderia ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou deve ser suportado exclusivamente pela contratada?”.* O relator anotou que a participação nos lucros decorre de negociação entre a empresa e seus empregados, tem por objetivo o aumento de produtividade e a redução dos custos e não envolve a contratante do serviço. *“Não pode, assim, ser considerada custo de venda dos serviços”.* Acrescentou que as parcelas que integram a remuneração do contratado devem estar previstas no edital e no contrato dele decorrente. Por isso, *“Se a empresa contratada inserisse na remuneração de seus empregados uma parcela referente à participação nos lucros, introduziria um elemento de incerteza incompatível com os rigores exigidos nas contratações públicas, na medida em que não há definição prévia nem quanto à ocorrência da participação nos lucros em si (condicionada que está à existência de resultado positivo), nem quanto aos valores a serem transferidos aos empregados”.* Acrescentou não ser possível invocar a concessão do citado benefício pela contratada aos seus empregados como causa de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ponderou, a esse respeito, que o equilíbrio econômico-financeiro consiste na preservação das condições originalmente pactuadas, ao longo da vigência do contrato. Para que se configure a necessidade de seu restabelecimento, *“é necessária a ocorrência de algum fato imprevisível, ou previsível, porém de consequências incalculáveis, ou, ainda, caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que venha a reduzir ou ampliar os encargos do contratado, nos termos do art. 65 da Lei nº 8.666/93”.* No entanto, *“O pagamento de participação nos lucros não se inclui entre as hipóteses previstas em lei, não sendo, assim, permitido pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato sob esse fundamento”.* Por tais motivos, *“o ônus do pagamento da participação nos lucros (...) deve recair apenas sobre a contratada, não sendo cabível sua transferência à contratante.* O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu responder ao consulente que:” 9.2.1. *o benefício [concedido] aos empregados de empresas que prestam serviços continuados à Administração, previsto em Convenção Coletiva de Trabalho como participação nos lucros e resultados, não é considerado custo da venda dos serviços, uma vez que se trata de obrigação exclusiva do empregador; 9.2.2. o pagamento da participação dos lucros e resultados aos empregados vinculados aos contratos de prestação de serviços contínuos deve ser exclusivamente assumido pela contratada, razão pela qual não pode ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato”.* **Acórdão nº 3336/2012-Plenário, TC-018.784/2012-7, redator Ministro José Múcio Monteiro, 5.12.2012.**

4. Os serviços de supervisão de obras devem, em regra, ser licitados na modalidade pregão, uma vez que seus padrões de desempenho e qualidade podem ser, na maioria das vezes, objetivamente definidos por meio de especificações usuais no mercado

Representação formulada pela Associação Brasileira de Empresas de Consultoria de Infraestrutura de Transportes acusou a ocorrência de irregularidades no Pregão Eletrônico nº 258/2012, conduzido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), que visa a contratação de empresa para supervisionar obras de implantação e pavimentação na Rodovia BR-432/RR. A autora da representação questionou, em especial, a escolha da modalidade pregão, em vez de concorrência do tipo melhor técnica ou técnica e preço para a contratação dos referidos serviços. O relator ressaltou, no entanto, que a Lei nº 10.520/2002, instituidora do pregão, prevê a possibilidade de utilização dessa modalidade de licitação quando se pretende promover a contratação de bens ou serviços comuns, conceituados como *“aqueles cujos*

*padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (art. 1º, parágrafo único). Em face desse balizamento, o relator ressaltou que, “para decidir sobre a questão, há de se avaliar se o serviço de supervisão de obras contratado pelo Dnit se enquadra no preceito legal”. Observou, em seguida, que a determinação expedida por meio do subitem 9.2.3 do Acórdão nº 1.947/2008-Plenário, alterado pelo Acórdão nº 2.932/2011-Plenário, revela o entendimento deste Tribunal acerca desse assunto: “9.2.3. para contratação de serviços de supervisão e consultoria, realize a licitação na modalidade pregão, especificando detalhadamente os serviços que a empresa de supervisão ou de consultoria deverá prestar, ressaltando as situações excepcionais em que tais serviços não se caracterizam como ‘serviços comuns’, caso em que deverá ser justificada, dos pontos de vista técnico e jurídico, nos autos do processo de licitação, a utilização extraordinária de outra modalidade licitatória que não o pregão”. E prosseguiu: “o serviço de supervisão de obras deve ser, em regra, licitado na modalidade pregão, pois, na maioria dos casos, seu padrão de desempenho e qualidade pode ser objetivamente definido, conforme previsão legal”. Encampou, também, as ponderações da unidade técnica, no sentido de que, embora tais atividades sejam consideradas complexas por leigos, “não o são para as empresas de supervisão e consultoria, que fornecem, habitualmente, serviços semelhantes ao que ora se discute”. E mais: “... as especificações seguem parâmetros do mercado, como obriga a lei”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu considerar improcedente a referida representação. Precedente mencionado: Acórdão nº 2.932/2011-Plenário. **Acórdão nº 3341/2012-Plenário, TC-026.524/2012-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 5.12.2012.***

5. A declaração de nulidade de ato ou fase da licitação não implica necessariamente a invalidação de todo o procedimento licitatório. É possível a anulação apenas do ato viciado, dos atos subsequentes e do contrato eventualmente celebrado, com aproveitamento dos atos isentos de vícios

Levantamento de auditoria avaliou a regularidade do procedimento licitatório e do contrato celebrado para a realização das obras de construção da tubovia do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (Comperj). A Petrobrás, após desenvolvimento de certame licitatório, celebrou contrato com a empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S.A, no valor global de R\$ 733,8 milhões. A equipe de auditoria, no entanto, acusou provável sobrepreço da ordem de R\$ 160 milhões, resultante de indevida desclassificação de três licitantes, entre os quais de um que ofertara proposta inferior à da contratada, no montante desse suposto sobrepreço. A Petrobras e a referida empresa foram chamadas a se pronunciar a respeito de tal indício de irregularidade. A unidade técnica considerou não ter sido demonstrada a inexecuibilidade das propostas desclassificadas. A relatora, ao endossar a análise da unidade técnica, acrescentou que “a faixa de aceitação de -15% até +20% adotada pela Petrobras não está definida na Lei 8.666/1993 e nem no Decreto 2.745/1998, que seria o instrumento normatizador de suas licitações. Assim, não poderia ser tomada, por si só, como parâmetro para julgamento no processo de licitação”. Observou, ainda, que: “Remansosa jurisprudência desta Corte, notadamente expressa nos acórdãos 697/2006, 1.616/2008, 1.679/2008, 141/2008, todos do Plenário, avaliza que a presunção de inexecuibilidade decorrente de critérios aritméticos, como os previstos no art. 48 da Lei 8.666/93, tem caráter relativo”. Em seguida, após concluir pela ilicitude das referidas desclassificações, passou a investigar suas implicações. Levou em conta a execução física e financeira de apenas 1,09% do empreendimento. Invocou então, deliberação do Tribunal proferida por meio do Acórdão 2.264/2008-Plenário, segundo a qual: “9.2. é possível, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, a anulação de ato ou fase da licitação, inquinado de vício que não afete a totalidade do certame, bem como dos atos e fases subsequentes, operada pela autoridade competente para a homologação, a qualquer tempo. Como consequência, o procedimento licitatório deverá ser devolvido para a comissão de licitação, a fim de que refaça os atos anulados, aproveitando-se os atos regulares e não afetados pelo vício já praticados; 9.3. caso a anulação ocorra posteriormente à assinatura do contrato, este deverá ser anulado, visto que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa dos interessados, de acordo com o § 3º do citado artigo. Deve ser observada, também, a necessidade de se indenizar o contratado, cuja avença foi anulada, pelo que houver executado e demais prejuízos que não lhe sejam imputáveis, como preceitua o art. 59 da referida lei;” Acrescentou que “a possibilidade de anulação parcial de procedimento licitatório eivado por vício insanável, aproveitando-se os atos praticados regularmente, tem sido admitida na jurisprudência”. Fez referência a decisões do Tribunal em que se promoveu a anulação de atos constituintes de licitação e o seu refazimento, “a partir da fase em que ocorreu o vício identificado, ainda que a licitação já houvesse sido encerrada e o contrato assinado”. O Tribunal, então, ao acolher proposta da relatora, decidiu determinar à Petrobras que “adote as medidas necessárias à anulação de todos os atos praticados desde a injustificada



desclassificação de três concorrentes por inexecuibilidade das propostas". Precedentes mencionados: Acórdãos 267/2006, 2.389/2006 e 2.264/2008, todos do Plenário. **Acórdão nº 3344/2012-Plenário, TC-006.576/2012-5, rel. Min. Ana Arraes, 5.12.2012.**

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