

Sessão: 20 de janeiro de 2010

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 na(s) data(s) acima indicada(s), 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**

Faculdade de os próprios licitantes escolherem o prazo de duração do contrato;

Exigência de certificação ISO-9001 como requisito de habilitação;

Exigência de cumprimento do *Processo Produtivo Básico* para habilitação em certame cujo objeto é o fornecimento de equipamentos de informática;

Autorização para homologação de licitação suspensa cautelarmente e para emissão da respectiva nota de empenho;

Recomposição do equilíbrio contratual em razão de valorização cambial;

Substituição da medida cautelar de retenção de valores por prestação de garantia;

Identificação de sobrepreço em encargos sociais constantes do orçamento de obra cuja licitação foi concluída e o respectivo contrato assinado;

Uso do pregão para contratação do estudo de impacto ambiental (EIA) de obra, acompanhado do respectivo relatório (Rima);

Atribuição de pontos em licitação que tem por objeto a prestação de serviços de advocacia – 1;

Atribuição de pontos em licitação que tem por objeto a prestação de serviços de advocacia – 2;

Indicação de marca do *software* e sua contratação por inexigibilidade de licitação.

PLENÁRIO**Faculdade de os próprios licitantes escolherem o prazo de duração do contrato**

O Vice-presidente, Ministro Benjamin Zymler, submeteu ao Plenário decisão que proferiu durante o recesso, em substituição ao relator, nos autos de representação formulada ao Tribunal em que se alegava a existência de irregularidade no edital da Concorrência n.º 14/2009, promovida pela Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (Infraero), tendo por objeto a concessão de uso de área comercial. De acordo com o instrumento convocatório, o critério de seleção seria a maior oferta de pagamento fixo mensal e, como critério de desempate, seria vencedora a proposta que contemplasse o maior período de vigência contratual, levando-se em conta que o item 6.3 do edital facultava ao licitante a escolha do período de duração da avença (3, 6, 12, 18 ou 24 meses). Entendeu o Vice-presidente que quando a Administração facultava ao licitante a escolha do prazo contratual da concessão de uso, poderá ocorrer o paradoxo de a proposta vencedora do certame não ser a mais satisfatória para o erário. Nesse sentido, reconheceu pertinente o exemplo apresentado pelo autor da representação para a hipótese de um concorrente ‘A’ ofertar o valor de R\$ 200.000,00 por período de 3 meses de contrato, enquanto outro licitante ‘B’ propor o pagamento mensal de R\$ 199.999,00, por 24 meses. Nesse caso, a oferta do licitante ‘A’ seria declarada vencedora, apesar de não ser a que melhor atendesse ao interesse público. Considerando, em cognição sumária, a ausência do requisito do **periculum in mora**, haja vista a abertura da aludida licitação encontrar-se suspensa em razão da necessidade de análise da impugnação feita pela própria representante sobre a mesma irregularidade, indeferiu a medida cautelar pleiteada, mas determinou a oitiva dos responsáveis acerca da suposta ilegalidade da regra editalícia. *Decisão monocrática no TC-029.721/2009-0, proferida no período de recesso do Tribunal, pelo Vice-presidente, no exercício da Presidência, Ministro Benjamin Zymler, em substituição ao relator, Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.01.2010.*

Exigência de certificação ISO-9001 como requisito de habilitação

Não tem amparo legal a exigência de apresentação, pelo licitante, de certificado de qualidade ISO-9001 para fim de habilitação, uma vez que tal exigência não integra o rol de requisitos de capacitação técnica, previstos no art. 30 da Lei nº 8.666/93, aplicável subsidiariamente à Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002). Com base nesse entendimento, o Vice-presidente, atuando em substituição ao relator no período de recesso, reconheceu a presença do requisito do **fumus boni iuris** para o deferimento de medida cautelar em representação formulada ao TCU. A representante sustentava a existência de possível irregularidade no Pregão Eletrônico nº 167/2009, a cargo do Banco Central do Brasil (BACEN), tendo por objeto a prestação de serviços de blindagem nível III-A em dois veículos *sedan Hyundai Azera 3.3 automático*, de propriedade daquela autarquia federal. Isso porque o item 4.3 do Anexo 2 do edital exigia a comprovação, sob pena de inabilitação, da certificação ISO-9001, o que, segundo a representante, afrontava o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, por não ser tal exigência indispensável à garantia do cumprimento das obrigações assumidas. Além disso, a aludida certificação asseguraria apenas que os procedimentos e a gestão de processos da licitante estariam baseados em indicadores e voltados à satisfação do cliente, não garantindo, em absoluto, o cumprimento ou a prestação do serviço objeto do certame. Considerando, no entanto, que o pregão já teria sido homologado em 26/11/2009 e o respectivo contrato assinado em 09/12/2009, estando, pois, em plena execução, e que qualquer paralisação dos serviços contratados poderia implicar indesejável risco de os carros oficiais de autoridades máximas do BACEN ficarem desprovidos da proteção desejada, o Vice-presidente indeferiu o pedido de medida cautelar, por ausência do requisito do **periculum in mora**, sem prejuízo de determinar que o processo fosse submetido ao relator da matéria para prosseguimento do feito. Precedente citado: Acórdão nº 2.521/2008-Plenário. **Decisão monocrática no TC-029.035/2009-8, proferida no período de recesso do Tribunal, pelo Vice-presidente, no exercício da Presidência, Ministro Benjamin Zymler, em substituição ao relator, Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.01.2010.**

Exigência de cumprimento do Processo Produtivo Básico para habilitação em certame cujo objeto é o fornecimento de equipamentos de informática

Conforme decidido pelo Tribunal no Acórdão nº 2.138/2005-Plenário, “*não é juridicamente possível afastar a aplicação da regra de preferência de que trata o art. 3º da Lei n.º 8.248/91, alterado pelas Leis n.ºs 10.176/2001 e 11.077/2004, nos procedimentos licitatórios realizados sob a modalidade Pregão, cujo objeto seja o fornecimento de bens e serviços comuns de informática e automação, assim definidos pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 10.520/2002, estando essas licitações franqueadas a todos os interessados, independente de desenvolverem bens e produtos com tecnologia nacional e cumprirem o Processo Produtivo Básico, definido pela Lei n.º 8.387, de 30 de dezembro de 1991*”. O Plenário referendou decisão do relator que, com base no entendimento acima transcrito, adotou medida cautelar consistente na determinação ao Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Fluminense (IFF) para suspender a aquisição de computadores e outros equipamentos de informática objeto do Pregão Eletrônico nº 49/2009. Entre os fatores que deram ensejo ao provimento cautelar, o relator destacou a exigência contida na cláusula 2.3 do edital, no sentido de que “*Somente poderão participar da presente licitação as empresas que cumpram o processo Produtivo Básico nos termos das Leis n.º 8.248/91 e 8.387/91*”, o que contraria a jurisprudência do Tribunal. Enfatizou o relator que a exigência do *Processo Produtivo Básico* não se coaduna com o requisito de habilitação do licitante, uma vez que tal imposição implica violação do princípio da isonomia. Invocando a jurisprudência do TCU, concluiu que a observância do *Processo Produtivo Básico* deveria ser elevada à condição essencial de aplicação da regra de preferência, tal qual o requisito de o produto ter sido desenvolvido com tecnologia nacional, conforme art. 3º, I, e § 3º, da Lei nº 8.248/91. Ao final, foi determinada a audiência do pregoeiro para apresentar razões de justificativa acerca dos indícios de irregularidades suscitados, entre eles a exigência restritiva à competitividade contida na cláusula 2.3 do edital do Pregão Eletrônico nº 49/2009. **Decisão monocrática no TC-023.068/2009-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 20.01.2010.**

Autorização para homologação de licitação suspensa cautelarmente e para emissão da respectiva nota de empenho

O Vice-presidente comunicou ao Plenário haver deferido, no exercício da Presidência, pedido formulado pela Ministra Interina do Ministério da Saúde – recebido no Tribunal como Agravo –, autorizando a Secretaria Executiva daquele ministério, em caráter excepcional, a homologar o Pregão Presencial nº 118/2009, suspenso cautelarmente pelo TCU, e a emitir a correspondente nota de empenho, visando a garantir recursos orçamentários de 2009. Ressaltou ainda o Vice-presidente, em sua decisão, que

permaneciam vedadas a assinatura e a execução do contrato decorrente do certame, atos que estariam condicionados à decisão de mérito. ***Decisão monocrática proferida pelo Vice-presidente, no exercício da Presidência, Ministro Benjamin Zymler, no TC-027.963/2009-2, rel. Min. José Jorge, 20.01.2010.***

Recomposição do equilíbrio contratual em razão de valorização cambial

Representação apresentada ao TCU apontou possível irregularidade no âmbito da Secretaria de Estado de Saúde do Acre (SESACRE), consistente no “reajuste” irregular da Ata do Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 163/2008, que tinha por objeto a aquisição de materiais de consumo para atender às unidades hospitalares da capital e demais unidades administrativas daquela secretaria. Após destacar que este Tribunal já decidiu, conforme Acórdão n.º 1.595/2006-Plenário, no sentido de que “*é aplicável a teoria da imprevisão e a possibilidade de recomposição do equilíbrio contratual em razão de valorização cambial*”, não constatou o relator, na situação concreta, eventual desequilíbrio contratual em razão de valorização cambial que justificasse o realinhamento efetuado de 25% para os produtos constantes do Lote IV. Frisou tratar-se o presente caso de “revisão” ou “realinhamento” de preços, em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada de circunstâncias meramente inflacionárias. Considerando, no entanto, a baixa materialidade do débito apurado em contraposição aos custos que envolveriam a adoção de procedimentos adicionais para buscar o ressarcimento do dano, e considerando, ainda, o princípio da economicidade, deliberou o Plenário, acolhendo proposição do relator, no sentido do arquivamento dos autos, sem prejuízo de determinação à SESACRE para que na análise de pedidos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos custeados com recursos públicos federais, fundamentados na ocorrência de fatos econômicos imprevisíveis (álea extraordinária), observe se estão presentes os pressupostos da concessão do direito previsto no art. 65, II, “d”, da Lei n.º 8.666/93, quais sejam: a) elevação dos encargos do particular; b) ocorrência de evento posterior à assinatura da ata de registro de preços; c) vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos da empresa; e d) imprevisibilidade da ocorrência do evento. ***Acórdão n.º 25/2010-Plenário, TC-026.754/2009-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 20.01.2010.***

Substituição da medida cautelar de retenção de valores por prestação de garantia

Acolhendo pedido formulado pela empresa Egesa Engenharia S/A, o Vice-presidente, no exercício da Presidência, decidiu autorizar o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Tocantins (Dertins) a aceitar a substituição da medida cautelar de retenção de pagamentos, indicada nos subitens 9.1.1 e 9.1.2 do Acórdão n.º 2.141/2009-Plenário, por seguro-garantia ou fiança-bancária no mesmo montante consignado no aludido acórdão, desde que o instrumento seja revestido de abrangência suficiente para assegurar o resultado da apuração em curso no TCU acerca de eventual dano ao erário, devendo ainda conter cláusulas que estabeleçam: a) prazo de validade vinculado à decisão definitiva do TCU da qual não caiba mais recurso com efeito suspensivo; b) reajuste mensal; e c) obrigação de a instituição garantidora, se for a hipótese, depositar a quantia correspondente à garantia em favor do Dertins, no prazo de até 30 dias após o trânsito em julgado de acórdão deste Tribunal que acaso condene a empresa a restituir valores. Também deliberou o Vice-presidente no sentido de que fosse informado ao Dertins que o oferecimento de garantia não revoga a medida cautelar determinada no Acórdão n.º 2.141/2009-Plenário, mas apenas suspende a sua eficácia enquanto a medida estiver validamente em vigor, e que, no caso de sobrevir a expiração do Contrato n.º 02/1999, celebrado com a Egesa Engenharia S/A, com pagamento integral do seu valor, é necessário o estabelecimento prévio de compromisso de manutenção da garantia, renovação ou substituição contínua até o trânsito em julgado de deliberação definitiva do TCU, sob pena de aplicação das sanções cabíveis nas esferas civil, administrativa e penal. O Plenário, por unanimidade, homologou a decisão. ***Decisão monocrática proferida pelo Vice-presidente, no exercício da Presidência, Ministro Benjamin Zymler, durante o recesso do Tribunal, no TC-008.874/2009-8, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 20.01.2010.***

Identificação de sobrepreço em encargos sociais constantes do orçamento de obra cuja licitação foi concluída e o respectivo contrato assinado

Levantamento de auditoria realizado na Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR), tendo por objeto as obras de dragagem e adequação em portos marítimos, identificou irregularidade atinente à superestimativa de encargos sociais em orçamentos de obras de dragagem. Considerando que o sobrepreço apontado foi da ordem de apenas 3%, e que as contratadas sobre ele ainda não haviam se manifestado, e ainda diante da inexistência de um sistema oficial de custos para os serviços de dragagem, deliberou o Plenário, acompanhando o voto do relator, no sentido de permitir que a SEP/PR mantivesse, com relação aos

contratos em andamento, os percentuais de encargos sociais cotados pelas licitantes vencedoras, sem prejuízo de futuros questionamentos por parte do Tribunal. Além disso, foi determinado à SEP/PR que nas próximas concorrências internacionais destinadas a obras de dragagem e adequação dos portos marítimos brasileiros, ajuste a alíquota de ISSQN à legislação tributária específica da localidade de realização dos serviços. *Acórdão n.º 29/2010-Plenário, TC-005.788/2009-4, rel. Min. Aroldo Cedraz, 20.01.2010.*

Uso do pregão para contratação do estudo de impacto ambiental (EIA) de obra, acompanhado do respectivo relatório (Rima)

O relator comunicou ao Plenário que em sede de medida cautelar, determinou a suspensão do Pregão Presencial n.º 034/2009, promovido pela Companhia Docas do Rio de Janeiro, tendo por objeto a elaboração do estudo de impacto ambiental (EIA), acompanhado do respectivo relatório (Rima), das obras de implantação do terminal de granéis sólidos no Porto de Itaguaí. O **fumus boni iuris** restou caracterizado pela utilização da modalidade de licitação denominada pregão visando à contratação de serviço cujas características, em juízo cautelar, não se enquadram na categoria “comum”, contrariando, assim, o disposto no parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 10.520/2002. Quanto ao **periculum in mora**, haveria o risco de que fosse assinado contrato sem a garantia de que o serviço pretendido atenderia, de fato, às necessidades da Administração Pública. Ato contínuo, foi determinada a oitiva da Companhia Docas do Rio de Janeiro, por intermédio de seu presidente, e da pregoeira que atuou no certame, a fim de se manifestarem sobre os critérios adotados para a caracterização do serviço objeto do Pregão Presencial n.º 034/2009 como sendo de natureza “comum”, nos termos da Lei n.º 10.520/2002. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. *Decisão monocrática no TC-029.031/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.01.2010.*

Atribuição de pontos em licitação que tem por objeto a prestação de serviços de advocacia - 1

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades perpetradas pela Companhia Nacional de Abastecimento (Conab/MAPA) no âmbito da Concorrência n.º 12/2009, que tinha por objeto a contratação de serviços especializados de advocacia perante as justiças estadual, federal e do trabalho, com atuação em todas as instâncias dos tribunais com sede no Distrito Federal. Alegou a representante que a atribuição de pontos a cada ano de registro da sociedade de advogados na OAB não estaria devidamente motivada no projeto básico. Após realizar análise sistêmica do edital, o relator considerou razoável a atribuição de pontuação máxima de três pontos para tal quesito, ou seja, um ponto para cada ano de registro da sociedade na OAB, critério que, no seu entender, não colocaria em desvantagem competitiva a grande maioria dos potenciais concorrentes, nem privilegiaria as sociedades com muitos anos no mercado. Tratar-se-ia, pois, de uma porção ínfima do conjunto de pontuação possível. Afirmou ainda o relator que a natureza dos serviços a serem prestados (serviços jurídicos) faz com que sua qualidade dependa basicamente da perícia profissional, a qual, em parte, é adquirida por uma boa formação acadêmica, mas que depende basicamente da intensidade e da qualidade da prática forense do quadro de advogados envolvido na prestação. Com base nesses argumentos, concluiu o relator inexistir irregularidade quanto ao ponto específico, no que foi acompanhado pelo Plenário. *Acórdão n.º 33/2010-Plenário, TC-023.352/2009-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.01.2010.*

Atribuição de pontos em licitação que tem por objeto a prestação de serviços de advocacia - 2

Outra possível irregularidade indicada pela representante na Concorrência n.º 12/2009, da Conab, seria a atribuição de pontos à comprovada atuação profissional em ação rescisória envolvendo relações de emprego, partindo o edital, a seu ver, do falso pressuposto de que um profissional com experiência em ações rescisórias cíveis não teria conhecimento ou capacidade para atuar em matéria trabalhista. Após ressaltar, no caso em apreço, a superioridade numérica das ações trabalhistas em relação às cíveis e a prevalência do conhecimento de direito material trabalhista em relação ao direito processual civil, concluiu o relator, com a anuência do Plenário, não proceder a alegação da representante de que o critério de pontuação seria abusivo pela similitude procedimental entre a ação rescisória trabalhista e a cível. *Acórdão n.º 33/2010-Plenário, TC-023.352/2009-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 20.01.2010.*

Indicação de marca do software e sua contratação por inexigibilidade de licitação

Auditoria realizada na Secretaria de Controle da Justiça do Trabalho do Tribunal Superior do Trabalho (Secon/TST) identificou supostas irregularidades no âmbito do Projeto Informatizado de Auditoria, Monitoramento e Gerenciamento – PIAMG, envolvendo a aquisição de licenças de uso do software ACL por inexigibilidade de licitação. Tais irregularidades consistiriam, basicamente, na inobservância dos

pressupostos legais para a contratação direta, na indicação indevida de marca no instrumento convocatório e na existência de falhas na pesquisa de preços realizada. Após ressaltar que o requisito de acesso nativo ao banco de dados Oracle, característica existente apenas no *software* de auditoria ACL, havia sido determinante para a sua escolha pelo TST, e que no caso concreto, o acesso via ODBC fora vetado pela área de TI daquele órgão por oferecer riscos à segurança da informação, concluiu o relator pela ausência de violação ao art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93, restando tecnicamente justificada a indicação de marca. Permaneceria sem a devida motivação, no entanto, a contratação direta. Não obstante a viabilidade de competição, pois o produto almejado pela Corte Trabalhista não era de fornecimento exclusivo da contratada, mas diante da ausência de má-fé dos responsáveis e da inexistência de sobrepreço, ponderou o relator que, em situações análogas, o TCU tem exarado apenas determinação ao órgão no sentido de evitar a reincidência de falhas verificadas, afastando a aplicação de sanção pecuniária. Por unanimidade, o Pleno acompanhou o relator em sua proposta de deliberação. Precedentes citados: Acórdão n.º 3.659/2007-1ª Câmara e Acórdãos n.ºs 235/2007 e 822/2007, ambos do Plenário. **Acórdão n.º 17/2010-Plenário, TC-022.059/2008-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 20.01.2010.**

Responsáveis pelo Informativo:

Elaboração: Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões

Supervisão: Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br