

Sessões: 9 e 10 de março 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**

Concorrência para prestação de serviços:

- 1 - Observância, na formulação da proposta, dos preços máximos fixados no edital;
- 2 - Preços de mercado superiores aos constantes do orçamento;

Observância de procedimentos para rescisão contratual;

Arrendamento para construção e exploração de instalação portuária sem prévia licitação.

Primeira Câmara

Aquisição de *toner* da mesma marca do fabricante da impressora, como condição para a manutenção da garantia do equipamento;

Segunda Câmara

Observância da Lei n.º 8.666/93 nas contratações com recursos do Sistema “S” transferidos mediante convênio;

Contratação envolvendo instituição federal de ensino superior e sua fundação de apoio:

- 1 - Dispensa de licitação para a realização de vestibulares e concursos públicos;
- 2 - Necessidade de licitação para a construção de edifícios.

PLENÁRIO**Concorrência para prestação de serviços: 1 - Observância, na formulação da proposta, dos preços máximos fixados no edital**

Representação formulada ao TCU apontou indícios de irregularidades na Concorrência n.º 41/2003, conduzida pela Companhia Energética do Piauí (Cepisa), que teve por objeto a prestação de serviços de manutenção corretiva e preventiva, em redes de distribuição e no sistema de iluminação pública de distribuição, das unidades consumidoras localizadas nas zonas urbanas e rurais e municípios circunvizinhos, do Estado do Piauí. Entre as possíveis irregularidades, estaria a ausência de desclassificação das propostas das licitantes que apresentaram, em todos os lotes, preços acima do valor máximo estipulado no projeto básico constante do edital, contrariando o art. 48, II, c/c o art. 40, X, da Lei n.º 8.666/93. Foram ouvidos em audiência tanto os integrantes da Comissão de Licitação da Cepisa, responsáveis pela condução da licitação, quanto os membros da Diretoria Executiva da Companhia, responsáveis pela homologação da concorrência e posterior contratação de empresas para a execução de serviços em quatro lotes. Em seu voto, o relator ressaltou haver se deparado com questionamento semelhante quando da prolação do Acórdão n.º 1768/2008-Plenário, qual seja, desrespeito ao preço máximo estabelecido no projeto básico da Concorrência n.º 18/2004-Cepisa, mas com uma diferença significativa: *“Enquanto na Concorrência n.º 18/2004 os valores anuais foram estimados, o que deu margem para que os licitantes apresentassem preços superiores sem que isso provocasse, de imediato, a sua desclassificação; na Concorrência n.º 41/2003, o Projeto Básico fixou não só o valor anual máximo, como também o valor limite do preço do serviço de cada homem-hora normal”*. Em virtude da fixação de valor máximo anual de contratação e de homem-hora, o relator entendeu que não poderia a comissão de licitação admitir proposta com valores superiores aos estabelecidos no projeto básico. Quanto às justificativas dos dirigentes da Cepisa, concluiu que elas não foram capazes de elidir as irregularidades apontadas, e que a responsabilidade deles somente poderia ser afastada se tivessem tomado providências no sentido de promover as devidas modificações no projeto básico e no edital da concorrência, de forma a contemplar os aumentos de custos decorrentes das modificações dos preços de mercado, referentes ao pagamento de mão de obra (aumento do salário mínimo e do Piso Salarial da Categoria dos

Eletricitários - PSC). Acompanhando o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de aplicar multa aos responsáveis. *Acórdão n.º 413/2010-Plenário, TC-020.338/2006-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.03.2010.*

Concorrência para prestação de serviços: 2 - Preços de mercado superiores aos constantes do orçamento

Quanto à proposta da unidade técnica de que fosse feita determinação à Cepisa para instaurar tomada de contas especial, entendeu o relator que, mesmo diante da extrapolação dos preços máximos fixados, não seria o caso. *“A uma, porque o sobrepreço detectado decorreu da falta de atualização dos valores colocados no Projeto Básico, uma vez que a diretoria da empresa deveria ter levado em conta, antes da abertura do certame, preços de mercado consentâneos com o aumento do salário mínimo e do Piso Salarial da Categoria dos Eletricitários – PSC; a duas, porque, a obrigação de verificar a observância, por parte das empresas licitantes, do preço máximo do homem-hora era da Comissão de Licitação, que optou por aceitar os preços propostos, mesmo estando acima do patamar máximo contido no Projeto Básico; a três, porque a despeito da cotação do valor da mão-de-obra ter sido feita com valores mais elevados, não há notícias de problemas quanto à regular execução dos serviços contratados, o que demandou o regular pagamento, para fins de cumprimento das obrigações assumidas contratualmente”*. O Plenário acolheu o voto do relator. *Acórdão n.º 413/2010-Plenário, TC-020.338/2006-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 10.03.2010.*

Observância de procedimentos para rescisão contratual

Mediante o Acórdão n.º 2.075/2006-Plenário, proferido em processo de representação sobre possíveis irregularidades perpetradas pela Casa da Moeda do Brasil quando da contratação de *“solução integrada para rastreamento e controle da produção de cigarros no território nacional”*, o Tribunal decidiu, entre outras medidas, aplicar multa ao ex-presidente da entidade *“em razão da temerária rescisão unilateral do contrato celebrado com a Sicpa, gerando potenciais riscos de prejuízo ao erário, em flagrante contrariedade ao interesse público, e afrontando o art. 50 da Lei nº 9.784/99”*. Contra o aludido acórdão, foi interposto pedido de reexame, por meio do qual intentava o recorrente transferir para os Conselhos de Administração e Fiscal da Casa da Moeda do Brasil a responsabilidade pela rescisão do contrato, além de afirmar que o ato não causara dano ao erário, tendo sido praticado de acordo com a Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, observou o relator que, ao sugerir a revisão do contrato, *“o Conselho de Administração estava unicamente preocupado em regularizar uma situação que considerava em desacordo com a lei, visto que a contratação da Sicpa foi por inexigibilidade de licitação, quando outras empresas do mercado já se apresentavam capazes de executar o objeto contratado”*. Para o relator, *“o referido conselho não pensou nas implicações que poderiam advir da substituição imediata da firma, coisa que cabia ao gestor da Casa da Moeda do Brasil, ao aplicar em concreto a orientação”*. Destacou, ainda, que o recorrente contrariou os termos da Lei n.º 8.666/93, especialmente os arts. 78 e 79, *“ao não seguir as hipóteses previstas de rescisão; não conceder à contratada a oportunidade de contraditório e ampla defesa; não levar em conta o dever de indenizar a empresa e não motivar formalmente a rescisão”*. Ao final, enfatizou que *“o dano maior só não foi concretizado graças à intervenção da Justiça Federal, que mandou a Casa da Moeda do Brasil retomar o contrato [...] De todo modo, por certo que a entidade incorreu em custos ao ter de enfrentar a demanda judicial”*. Referendando o voto do relator, decidiu o Plenário negar provimento ao recurso. *Acórdão n.º 422/2010-Plenário, TC-013.895/2005-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.03.2010.*

Arrendamento para construção e exploração de instalação portuária sem prévia licitação

Consulta formulada ao TCU versou sobre a *“possibilidade de serem realizados investimentos privados, em situações emergenciais ou de urgência, com posterior realização de procedimento licitatório para concessão de arrendamento, onde a empresa vencedora ficaria incumbida de promover a indenização dos investimentos realizados, caso a empresa investidora não se sagraisse vencedora do certame”*. O consultante defendeu a necessidade de *“investimentos em superestrutura para atendimento de safra de grãos agrícolas e o começo imediato das obras atenderia ao interesse público em menor prazo”*. Em seu voto, o relator afirmou que a Lei n.º 8.630/93, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, é taxativa ao dispor: *“Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;”* Da mesma forma, destacou a precisão do Decreto n.º 6.620/2008, que, entre outros assuntos,

disciplina o arrendamento de instalações portuárias, estabelecendo que: “Art. 25. (...) § 2º *As instalações portuárias incluídas no programa de arrendamento de instalações portuárias serão arrendadas mediante licitação, por iniciativa da administração do porto ou a requerimento do interessado. [...] Art. 29. O arrendamento de instalação portuária operacional observará que: [...] IV - o procedimento administrativo de licitação para o arrendamento de instalações portuárias rege-se pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pela Lei nº 8.987, de 1995;*”. Por derradeiro, ressaltou que o art. 24 da Lei nº 8.666/93 enumera exaustivamente os casos em que a licitação é dispensável, não sendo, pois, possível “enquadrar a pretensão” do consulente “em qualquer das situações previstas naquele dispositivo”. Reforçou o entendimento da unidade técnica de que “[...] na hipótese levantada pelo interessado, haveria a construção de superestrutura sem licitação. Com isso, no posterior processo licitatório para arrendamento, os custos da obra já executada bem como o lucro da empresa construtora já estariam preestabelecidos. Assim, as demais licitantes teriam de assumir tais ônus. Essa situação poderia favorecer a empresa construtora da superestrutura ou impedir as demais licitantes de oferecer possíveis propostas mais vantajosas para a Administração.”. Acrescentou, ainda, que esse tipo de contratação também merece repúdio “por conceder privilégios a determinada empresa, uma vez que somente ela, e nenhum outro competidor do mercado, participa da negociação e conhece as condições de execução da obra”. Acompanhando o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de esclarecer ao interessado que: **1)** “por imposição do art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.630/1993 c/c o art. 25 do Decreto nº 6.620/2008, a construção, reforma, ampliação, melhoramento, arrendamento e exploração de instalação portuária dentro da área de porto organizado depende de contrato de arrendamento, sempre através de licitação, que se rege pela Lei nº 8.666/1993 e pela Lei nº 8.987/1995”; **2)** “o art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993 lista exaustivamente as situações que dão causa a dispensa de licitação”; **3)** “a necessidade de impor maior rapidez ao início das obras de construção de superestrutura para escoamento de safra de grãos não encontra amparo na Lei nº 8.666/1993 para dispensa do procedimento licitatório”; **4)** “não é possível realizar arrendamento para construção e exploração de instalação portuária por empresa privada sem o prévio processo licitatório, onde a empresa vencedora de posterior licitação ficaria incumbida de promover a indenização dos investimentos realizados, caso a empresa investidora não se sagraisse vencedora do certame”. Precedente citado: Acórdão n.º 1317/2009-Plenário. Acórdão n.º 420/2010-Plenário, TC-027.190/2009-6, rel. Min. José Múcio Monteiro, 10.03.2010.

PRIMEIRA CÂMARA

Aquisição de toner da mesma marca do fabricante da impressora, como condição para a manutenção da garantia do equipamento

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 113/2008, realizado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE/PR), que tinha por objeto a aquisição de toners para fax multifuncional da marca Xerox, original do fabricante do equipamento. Suscitou-se, basicamente, possível restrição ao caráter competitivo da licitação, em razão da exigência de marca na aquisição de toner pelo TRE/PR, contrariando o art. 15, § 7º, I, da Lei n.º 8.666/93. Em seu voto, afirmou o relator que o TCU vem se manifestando pela possibilidade excepcional de indicação de marca em licitações, desde que fundada em razões de ordem técnica ou econômica, devidamente justificadas pelo gestor. No caso concreto, o relator entendeu que houve a devida justificativa técnica e econômica para a exigência da marca, com vistas à manutenção da garantia do fornecedor. Conforme razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, fundadas em análise do setor técnico do TRE/PR, “caso fosse perdida a garantia contratual de 36 meses, em razão da instalação de toners de outras marcas, o prejuízo estimado decorrente de um novo contrato de manutenção das 270 impressoras recém-adquiridas poderia superar o valor de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais) no período de três anos, informações essas baseadas em anteriores contratos de manutenção de impressoras daquele órgão”. Ponderou, também, que a documentação juntada aos autos atestou que, não obstante a exigência de marca, participaram do certame diversas empresas que apresentaram seus valores unitários para o toner especificado no edital, “propiciando redução do valor contratado em relação ao valor do produto inicialmente estimado pela Administração do TRE/PR, havendo assim efetiva competição entre distintos fornecedores da aludida marca e redução de custos para aquele órgão”. Enfatizou, por fim, a participação no certame de empresas que ofertaram toners de outras marcas que não a do fabricante das impressoras, com valores unitários significativamente acima do valor final contratado pelo TRE/PR para os toners originais da marca Xerox. Acolhendo proposta do relator, decidiu a Primeira Câmara considerar improcedente a representação. Precedentes citados: Decisão n.º 664/2001-Plenário, Acórdão n.º 1.334/2006-1ª Câmara, Acórdão n.º 1.685/2004-2ª Câmara e Acórdãos n.ºs 1.010/2005 e 1.916/2009, ambos

do Plenário. *Acórdão n.º 1122/2010-1ª Câmara, TC-033.420/2008-5, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 09.03.2010.*

SEGUNDA CÂMARA

Observância da Lei n.º 8.666/93 nas contratações com recursos do Sistema “S” transferidos mediante convênio

Ao apreciar tomada de contas especial, originada de processo de representação versando sobre possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de Sergipe (SEBRAE/SE), apontou a unidade técnica irregularidades graves na execução do Convênio n.º 18/04, firmado entre o Sebrae/SE e a Câmara de Diretores Lojistas de Aracaju (CDL) com o objetivo de subsidiar a participação de lojistas de Aracaju na 45ª Convenção Nacional do Comércio Lojista, realizada no Rio de Janeiro. Entre as irregularidades perpetradas pela CDL, mereceu destaque “a contratação de empresa prestadora de serviços sem licitação, cujo sócio majoritário é parente do presidente da conveniente”. Preliminarmente, caberia “perquirir se o conveniente que celebra convênio com entidades do Sistema “S” estaria obrigado a licitar”. Para o relator, “Não há razoabilidade em sustentar a tese de que haveria que licitar nos termos da Lei n.º 8.666/93, uma vez que sequer os Serviços Sociais Autônomos assim o fazem. Poder-se-ia sustentar que deveria licitar na forma do Regulamento de Licitações e Contratos. Não obstante, soa demasiado exigir de entidades tão distantes da realidade da Administração Pública a realização de procedimentos licitatórios formais, para os quais não possuem nenhuma expertise”. Considerando que a transferência de recursos mediante convênio pelo Sistema “S” não transmuda a natureza do recurso público repassado, “a solução que harmoniza o interesse público, consubstanciado na garantia da observância do princípio constitucional da isonomia e na seleção da proposta mais vantajosa, com a realidade fática destes convenientes deve ser similar àquela engendrada pelo art. 11 do Decreto n.º 6.170/2007”. Portanto, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos do Sistema “S”, transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos, “deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato”. Segundo o relator, o caso concreto envolveu a contratação sem prévia licitação – para a realização dos serviços objeto do convênio – de empresa cujo sócio majoritário é irmão do presidente da conveniente, em afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Além disso, não houve a devida comprovação nos autos acerca da realização de cotação prévia de preços no mercado. Ante tais irregularidades, concluiu em seu voto que o signatário do convênio e o presidente da CDL – que praticou atos de gestão dos recursos – deveriam ser sancionados com multa, no que foi acompanhado pelos seus pares. *Acórdão n.º 899/2010-2ª Câmara, TC-016.059/2006-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 09.03.2010.*

Contratação envolvendo instituição federal de ensino superior e sua fundação de apoio: 1 - Dispensa de licitação para a realização de vestibulares e concursos públicos

Ao examinar prestação de contas da Fundação Universidade Federal do Maranhão (FUFMA), relativa ao exercício de 2005, o relator considerou elidida a irregularidade atinente à contratação da Fundação Sousândrade de Apoio ao Desenvolvimento da UFMA para a execução de processos seletivos. Em seu voto, ponderou que, apesar de o Acórdão n.º 1.174/2005-Plenário – no qual se apreciava relatório de monitoramento realizado em cumprimento à decisão que julgou as contas de 1996 da FUFMA – haver determinado àquela entidade que evitasse contratar fundação de apoio para a realização de concursos públicos, uma vez que “tal atividade não se enquadra nas especificadas no art. 1º da Lei n.º 8.958/1994”, somente em 2006, por meio do Acórdão n.º 1.459/2006, o Pleno “firmou entendimento específico” sobre a matéria. Por essa razão, “apenas contratos firmados após a ciência do Acórdão 1.459/2006-Plenário, e eventualmente irregulares, poderão caracterizar o descumprimento à determinação desta Corte”. Apesar de não ter qualquer impacto sobre sua posição no caso concreto, o relator aproveitou o ensejo para externar seu entendimento quanto à contratação das fundações de apoio para a realização de concursos e vestibulares de universidades a elas ligadas. Frisou que a tradicional posição do TCU vem sofrendo alguns embates, a exemplo do Acórdão n.º 1.534/2009-1ª Câmara, no qual se defendeu que “a possibilidade de contratação de fundações de apoio pela Administração, por dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, para realização de concurso público” deveria ser estendida às universidades públicas. O relator manifestou sua anuência à tese encampada no voto condutor do Acórdão n.º 1.534/2009-1ª Câmara, no sentido de que “a realização dos concursos vestibulares das universidades brasileiras é atividade que conforma-se plenamente à natureza das fundações de apoio universitárias, confundindo-se, em alguns casos,

com a própria razão de ser dessas entidades anômalas”. Acórdão n.º 887/2010-2ª Câmara, TC-021.535/2006-4, rel. Min. José Jorge, 09.03.2010.

Contratação envolvendo instituição federal de ensino superior e sua fundação de apoio: 2 - Necessidade de licitação para a construção de edifícios

Os contratos e convênios celebrados entre as instituições federais de ensino superior e as fundações de apoio devem estar diretamente vinculados a projetos perfeitamente identificáveis nas áreas de efetivo desenvolvimento institucional, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objetos genéricos, desvinculados de projeto específico. Com base nesse entendimento, exarado quando do exame da prestação de contas da Fundação Universidade Federal do Maranhão (FUFMA) relativa ao exercício de 2005, o relator considerou irregular a celebração de convênio com a Fundação Sôsândrade para a “construção de edifícios nos *campi* da UFMA de Imperatriz e de Chapadinha”, indevidamente fundamentada no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, e com ofensa à Lei n.º 8.958/94. Segundo o relator, a competência para construir “*não poderia mesmo ser atribuída a uma fundação de apoio. Como observado pela unidade instrutiva, não foi a Fundação Sôsândrade quem executou as atividades contratadas, tendo ocorrido diversas subcontratações de outras empresas*”. Por unanimidade, a Segunda Câmara acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdão n.º 1.882/2007-Plenário, Acórdão n.º 1.378/2008-1ª Câmara, Acórdãos n.ºs 1.479/2009 e 2.493/2007, ambos da 2ª Câmara. **Acórdão n.º 887/2010-2ª Câmara, TC-021.535/2006-4, rel. Min. José Jorge, 09.03.2010.**

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