

Sessões: 6 e 7 de abril 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**

Observância da Lei n.º 8.666/93 por fundação de direito privado;
Exigência editalícia de que o cartucho objeto da licitação seja da mesma marca da impressora;
Influência do prazo de execução da obra no cálculo da parcela de administração central integrante da taxa de BDI;
Adoção de novo ‘Acordo de Nível de Serviço’ durante a execução contratual;
Divulgação do orçamento no edital do pregão.

Primeira Câmara

Licitação como regra para a contratação de serviços advocatícios;
Licitações no âmbito da Petrobras:

- 1 - Pesquisa de preços e interpretação do art. 43, IV, da Lei n.º 8.666/93;
- 2 - Necessidade de três propostas válidas na modalidade de convite.

PLENÁRIO**Observância da Lei n.º 8.666/93 por fundação de direito privado**

Ao apreciar tomada de contas especial relativa à execução de convênio celebrado entre o Instituto Brasileiro de Turismo (Embratur) e a Fundação Iguassu de Turismo e Eventos, o Plenário do TCU, por meio do Acórdão n.º 1.360/2008, julgou irregulares as contas do então presidente da entidade, em razão da utilização de documento falso para simular a publicação de aviso de licitação, implicando violação à Lei n.º 8.666/93. Inconformado, o responsável interpôs recurso de reconsideração, sob o argumento de que sentença penal deixou de condená-lo por “*fraude a licitação*”, tendo o juiz, naquela assentada, partido do pressuposto de que a Fundação Iguassu – fundação de direito privado – não estaria submetida aos ditames da Lei de Licitações. Em seu voto, o relator deixou assente que “*Essa declaração [...] não afeta a deliberação ora atacada, especialmente porque o termo do citado convênio impunha à Fundação a submissão aos preceitos contidos nessa lei para aquisição do material gráfico promocional*”. Ressaltou, ainda, que a jurisprudência dominante do TCU acena no sentido de ser cabível o exame da regularidade dos procedimentos licitatórios em certames conduzidos por entidade de direito privado, quando o respectivo termo de convênio impõe-lhe, expressamente, a observância dos preceitos contidos na Lei n.º 8.666/93. Em razão da independência das instâncias, “*o TCU pode extrair dos fatos apurados, nos limites de suas competências, as consequências jurídicas que julgar pertinentes. Assim sendo e por ter sido altamente reprovável a conduta do então Presidente daquela Fundação, afiguram-se adequadas as sanções impostas a esse agente*”. Ao final, o relator fez alusão ao voto da deliberação recorrida, no qual restou flagrante a afronta a princípios constitucionais que regem a Administração Pública, e que “*devem ser observados quando se trata da gestão de recursos públicos, em especial os da legalidade, da publicidade, da moralidade, da isonomia e da impessoalidade*”. Portanto, mesmo que se considerasse adequado afastar, no caso em apreço, a incidência da Lei de Licitações, “*subsistiria a necessidade de apenar o recorrente, tendo em vista o desrespeito aos princípios constitucionais acima elencados*”. O relator propôs e o Plenário decidiu negar provimento ao recurso. **Acórdão n.º 687/2010-Plenário, TC-006.025/2007-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 07.04.2010.**

Exigência editalícia de que o cartucho objeto da licitação seja da mesma marca da impressora

A exigência de que os cartuchos de tinta sejam produzidos pelo mesmo fabricante do equipamento impressor

privilegia a marca do próprio fabricante e restringe a competitividade do certame. Com base nesse entendimento, externado pelo relator em seu voto, o Plenário considerou procedente representação oferecida ao TCU indicando possíveis irregularidades no Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 83/2009 – do tipo menor preço por lote –, promovido pela Secretaria de Estado de Saúde do Acre (SESACRE), cujo objeto era a aquisição de material descartável de informática, de expediente e de limpeza. Segundo a representante, o instrumento convocatório continha exigência restritiva da competitividade, no sentido de que os cartuchos e toners de impressão deveriam ser originais do fabricante do equipamento, não remanufaturados, não reciclados, não similares. Para o relator, a simples constatação de que o objeto não é produzido pelo mesmo fabricante do equipamento não permite conclusões acerca da sua qualidade, nem pode, por si só, suscitar temores de incompatibilidade ou de limitações ao funcionamento do equipamento no futuro. No caso concreto, a busca pela qualidade do produto poderia ter sido contornada, sem que fosse restringido o universo de participantes qualificados. Como exemplo de medida que poderia ter sido empregada para garantir o adequado desempenho dos equipamentos, *“a SESACRE poderia ter adotado procedimentos para restringir a participação apenas dos produtos que não apresentassem desempenho satisfatório, por meio de submissão de amostras a testes”*. Além disso, *“poderia ter inserido no edital, entre as cláusulas relativas às condições de fornecimento do produto, a exigência de que os cartuchos de tinta a serem adquiridos fossem compatíveis com os cartuchos indicados pelos respectivos fabricantes das impressoras, especificando-se objetivamente as características necessárias à compatibilidade, tais como o perfeito funcionamento e adaptabilidade com o modelo e marca da impressora, a capacidade para impressão de determinado número de cópias, a qualidade da impressão, a comprovação de ser original de fábrica e não resultado de processo de recondicionamento ou remanufatura, a apresentação de prazo de validade, entre outras”*. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário expedir determinação corretiva à SESACRE. **Acórdão n.º 696/2010-Plenário, TC-027.182/2009-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 07.04.2010.**

Influência do prazo de execução da obra no cálculo da parcela de administração central integrante da taxa de BDI

Mostra-se em consonância com a lógica empresarial que a parcela de administração central, integrante da taxa de Bonificação e Despesas Indiretas (BDI), seja calculada não somente pelo valor do contrato e porte da empresa, mas também em função do prazo de execução do objeto. Nesse sentido, é legítimo ao contratado pleitear compensação financeira a título de administração central, quando comprovada a ocorrência de atraso na execução do contrato que possa ser atribuído exclusivamente à Administração; imprescindível, ainda, que desse atraso resulte prejuízo concreto ao particular, impedindo-o de perceber, durante o período de inatividade, a devida contraprestação financeira em face da impossibilidade de vir a executar o objeto na forma avençada e, ao mesmo tempo, de aproveitar aquela fração da administração central em outro empreendimento. Foi esse o entendimento do relator ao examinar relatório de levantamento de auditoria nas obras de desenvolvimento dos sistemas de produção de óleo e gás natural da Bacia de Santos (Pólo de Mexilhão). No referido relatório, a unidade técnica identificou como indício de irregularidade a *“inclusão indevida de R\$ 4.211.121,89, a título de custo de administração central, no item referente ao atraso na emissão da Autorização de Serviços de construção e montagem AS-02 do 3º aditivo ao Contrato nº 0801.0031.003.07.2 [...], haja vista que o percentual máximo de 8% relativo ao custo de administração central, estabelecido no demonstrativo de formação de preços da proposta original, já está embutido no custo dos serviços que integram o aditivo, não havendo amparo legal ou contratual para que seja negociado adicionalmente novo custo de administração central em função, apenas, da extensão do prazo contratual por mais 99 dias”*. Em seu voto, discordando da unidade técnica, o relator afirmou que esse raciocínio *“tem margem para prevalecer somente nos casos de atraso injustificado atribuído ao contratado, o que não se conforma à situação concreta, na qual as constantes prorrogações da data prevista para emissão da AS-02, por força exclusiva da Petrobras [...], impossibilitaram o consórcio de refazer o seu planejamento inicial de modo a alocar a parcela da administração central, previamente vinculada à obra em questão, em outras atividades”*. Conforme amplamente debatido, a parcela de administração central integrante da taxa de BDI tem como finalidade *“cobrir despesas administrativas voltadas a dar suporte à atividade-fim da empresa, de acordo com as suas particularidades. Citam-se as despesas com os setores de finanças, contabilidade e compras, bem como salários de diretores e demais profissionais que não se vinculam diretamente às atividades contratadas, senão em caráter de apoio, viabilizando os meios necessários ao andamento dos serviços propostos”*. Nesse sentido, qualquer mudança em contrato específico que venha a alterar essa estimativa inicial, tanto em razão de acréscimos de quantitativos ou inclusões de itens de serviço, quanto por força da extensão do prazo original, *“deve refletir em aumento financeiro da parcela de administração*

central”. Ressaltou, no entanto, que “*não basta [...] que, para se legitimar qualquer acréscimo no valor contratual previsto para a parcela de administração central, o atraso tenha sido provocado exclusivamente pela Administração. É preciso também [...] que desse atraso resulte prejuízo concreto ao particular*”. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 692/2010-Plenário, TC-006.536/2008-3, rel. Min. Augusto Nardes, 07.04.2010.**

Adoção de novo ‘Acordo de Nível de Serviço’ durante a execução contratual

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 13/2009, promovido pela Coordenação-Geral de Informática do Ministério do Trabalho e do Emprego (MTE), destinado à contratação de serviços especializados na área de “*Tecnologia da Informação e Comunicação*”. Ao analisar o edital da licitação, bem como o seu termo de referência, a unidade técnica identificou desconformidades com os termos da IN/SLTI/MP n.º 04/2008. Com relação às “*inconsistências entre indicadores e acordo de nível de serviço*”, a unidade instrutiva propôs expedir-se recomendação ao órgão no sentido de que, “*apesar de ser possível a inclusão de novos Acordos de Nível de Serviço no termo contratual, desde que tenham sido devidamente motivados e previstos no processo licitatório, é vedada a alteração ou a renegociação, nos contratos públicos, dos níveis de serviços já pré-estabelecidos nos editais*”. O relator não anuiu à proposta. Em primeiro lugar, por entender “*não caber a ressalva sugerida para a redação da recomendação, no sentido de se considerar possível a inclusão de novos acordos de nível de serviço no termo contratual*”, tendo em vista que “*as instruções normativas da SLTI 02/2008 e 04/2008, que materializam novo modelo de contratação, não contemplam tal possibilidade*”. Em segundo lugar, “*É fato que este Tribunal já se manifestou no sentido de não se admitir a alteração dos acordos de nível de serviço contratados, a exemplo do que foi decidido no Acórdão 1125/2009-TCU - Plenário. Todavia, ao analisar a questão sob a perspectiva da realidade enfrentada pelos gestores de TI dos órgãos e entidades da Administração Pública, é forçoso reconhecer que essa restrição pode configurar um engessamento indevido neste momento. Há que ser considerado que, na prática, isso equivaleria a se exigir do gestor que ele acertasse, sem qualquer margem de erro, o nível de serviço que efetivamente vai atender às necessidades do órgão/entidade no momento da elaboração do edital. Contudo, sabemos que após a implantação das soluções de TI, podem surgir fatores não previstos que podem afetar os resultados esperados, obrigando o gestor a se ajustar aos mesmos. Não permitir que os níveis de serviços contratados possam ser revistos poderia então se mostrar antieconômico, caso se viesse a constatar, na prática, que os níveis exigidos em edital estão acima das reais demandas e, portanto, custando mais do que o mínimo necessário. Por outro lado, caso os níveis especificados não sejam suficientes, não permitir a sua elevação poderia comprometer a qualidade dos serviços implantados*”. Acolhendo a proposição do relator, decidiu o Plenário determinar ao MTE que se abstenha de prever no edital a possibilidade de adoção de novos Acordos de Nível de Serviço durante a execução contratual, sendo possível, entretanto, a alteração ou a renegociação dos níveis de serviços pré-estabelecidos nos editais, desde que “*esteja prevista no edital e no contrato*”; “*seja tecnicamente justificada*”; “*não implique acréscimo ou redução do valor contratual do serviço além dos limites de 25% permitidos pelo art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993*”; e “*não configure descaracterização do objeto licitado*”. **Acórdão n.º 717/2010-Plenário, TC-009.511/2009-6, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 07.04.2010.**

Divulgação do orçamento no edital do pregão

Representações oferecidas ao TCU indicaram possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 55/2008, promovido pela Coordenação-Geral de Logística do Ministério da Justiça (CGL/MJ), com o objetivo de efetuar registro de preços e contratar a aquisição de 10.000 conjuntos para exame da concentração de etanol do ar expirado do pulmão, equipamento popularmente conhecido como “*bafômetro*”. Entre as supostas irregularidades, foi apontada a ausência, no edital, de estimativa de preços. Em seu voto, concordou o relator com a unidade técnica, em especial quanto à assertiva de que, no caso concreto, “*a ausência de orçamento estimativo não prejudicou a oferta de preço das licitantes*”, haja vista que “*esse pregão, por ser na modalidade presencial*”, possibilitou-lhes, “*durante a sessão de abertura das propostas, a consulta aos autos do procedimento licitatório*”, além do que “*não houve desclassificação de proposta por ter excedido o preço máximo*”. Portanto, a anulação da licitação seria de extremo rigor e não iria ao encontro do interesse público. Acolhendo a manifestação do relator, deliberou o Plenário no sentido de determinar à CGL/MJ que, nas próximas licitações na modalidade pregão, inclusive nas que tenham por finalidade o registro de preços, “*inclua obrigatoriamente o orçamento no Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal Termo de Referência, ou o próprio*

orçamento, no edital, ou de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-lo”. Além disso, “divulgue no edital o valor estimado da contratação, em atenção ao princípio da publicidade”. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 1.925/2006 e 114/2007, ambos do Plenário. Acórdão n.º 714/2010-Plenário, TC-032.191/2008-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 07.04.2010.

PRIMEIRA CÂMARA

Licitação como regra para a contratação de serviços advocatícios

A regra para a contratação de serviços advocatícios é a licitação, e a inexigibilidade exceção que deve ser precedida da comprovação da inviabilidade fática ou jurídica de competição, da singularidade do objeto e da notoriedade do contratado. Quanto à natureza singular do objeto, *“há de ser o serviço técnico tão incomum, raro, incomparável com outros, que somente possa ser prestado por profissional ou empresa cuja especialização naquele tipo de serviço seja notória. O objeto do contrato deve revelar-se de tal singularidade que não dê condições a que se proceda qualquer competição entre os profissionais existentes no ramo”*. Com base nesse entendimento, defendido pelo relator ao examinar prestação de contas da empresa Fafen Energia S.A. – subsidiária integral da Petrobras –, relativa ao exercício de 2006, a Primeira Câmara considerou irregular a contratação de escritório advocatício mediante inexigibilidade de licitação. Em seu voto, o relator observou, preliminarmente, que a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que a Petrobras e suas controladas devem observar os ditames da Lei n.º 8.666/93. De qualquer forma, no presente caso, *“o teor do Decreto 2.745/1998, declarado inconstitucional por meio da Decisão n.º 663/2002-TCU-Plenário (confirmada pelo recentíssimo Acórdão 560/2010-TCU-Plenário), não respaldaria a contratação direta”,* uma vez que *“essa mesma norma, em seu item 2.3.b, diferentemente da afirmação dos responsáveis, apenas permite a inexigibilidade quando há inviabilidade fática ou jurídica de competição”*. Na situação concreta, não restou *“caracterizada a singularidade do objeto, uma vez que não se consegue determinar de antemão quais serão os assuntos relativos ao campo comercial, societário, tributário consultivo e contencioso, imobiliário, contencioso cível, trabalhista consultivo e contencioso, mercado financeiro (bancário), mercado de capitais, administrativo, ambiental, regulatório, direito concorrencial e terceiro setor a serem demandados à contratada. Os objetos rotineiros e singelos relacionados a essas áreas deveriam ser licitados. Apenas aqueles comprovadamente singulares, se é que existiam, deveriam integrar uma eventual contratação por inexigibilidade.”*. Não tendo sido verificados indícios de dano à empresa, locupletamento ou má fé dos gestores, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu tão somente expedir determinação corretiva à Fafen Energia S.A. Precedentes citados: Decisão n.º 191/2000-1ª Câmara; Acórdão n.º 479/2002-1ª Câmara; Acórdãos n.ºs 622/2008 e 4.254/2008, ambos da 2ª Câmara; Acórdãos n.ºs 2.115/2008, 1.299/2008, 116/2002, 160/2004 e 594/2005, todos do Plenário. *Acórdão n.º 1732/2010-1ª Câmara, TC-025.598/2007-0, rel. Min. Augusto Nardes, 06.04.2010.*

Licitações no âmbito da Petrobras: 1 - Pesquisa de preços e interpretação do art. 43, IV, da Lei n.º 8.666/93

Por meio do Acórdão n.º 2.071/2009, a Primeira Câmara determinou à Termoaçú S.A., empresa do grupo Petrobras, que *“realize e deixe demonstrado no processo licitatório pesquisa de preços de mercado para subsidiar o julgamento das propostas, de forma a evidenciar o seguimento ao princípio constitucional da economicidade”*. Contra a referida determinação, foi interposto recurso de reconsideração, sob o argumento de que o art. 43, IV, da Lei n.º 8.666/93 estabelece exceção à obrigatoriedade da pesquisa de preços, representada pela expressão *“conforme o caso”*, senão vejamos: *“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...) IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;”*. Para o relator, uma simples leitura do dispositivo *“torna claro que o uso da expressão destina-se não a excepcionar a realização da pesquisa de preços, mas a enumerar de que modo pode ser feita, ou seja, tomando como referência os preços correntes de mercado, os preços fixados por órgão oficial competente ou, ainda, aqueles constantes do sistema de registro de preços”*. Esse entendimento é reforçado *“pelo fato de que, de acordo com o caput do art. 43, a verificação da conformidade da proposta com o edital, no que concerne aos preços, é procedimento necessário ao processamento da licitação, não cabendo falar em facultatividade”*. Acolhendo o voto do relator, a Primeira

Câmara decidiu negar provimento ao recurso. *Acórdão n.º 1744/2010-1ª Câmara, TC-027.081/2008-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 06.04.2010.*

Licitações no âmbito da Petrobras: 2 - Necessidade de três propostas válidas na modalidade de convite

A Termoçu S.A., empresa do grupo Petrobras, insurgiu-se também contra a seguinte determinação constante do Acórdão n.º 2.071/2009-1ª Câmara: “*sejam homologadas as licitações na modalidade ‘Convite’ apenas quando o certame contar com o número mínimo de três pessoas físicas ou jurídicas que apresentem propostas válidas, conforme estabelece o item 3.1.3 do Decreto n.º 2.745/98 e a Súmula do TCU n.º 248, a qual deve ser estendida ao Decreto n.º 2745/98 uma vez que se trata de assunto análogo, que fixa o entendimento de que, não se obtendo o mínimo de três propostas aptas à seleção na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvando as hipóteses previstas no art. 22, parágrafo 7º, da Lei n.º 8.666/1993*”. Segundo a recorrente, o Decreto n.º 2.745/98 (Regulamento do Procedimento Licitatório da Petrobras) e a Lei n.º 8.666/93 não exigem a presença de três propostas válidas, mas apenas que o convite seja remetido a um número mínimo de três interessados. A recorrente fez alusão, ainda, à possibilidade de o certame na modalidade convite não obter o número mínimo de licitantes e, mesmo assim, poder prosseguir, conforme previsto na Lei n.º 8.666/93. Para o relator, a determinação em tela segue precisamente o teor da Súmula n.º 248 da jurisprudência do TCU, que, ao sintetizar o entendimento construído no Tribunal por meio de inúmeras deliberações, vai ao encontro da necessidade de preservar um mínimo de competitividade em uma modalidade de licitação que, sabidamente, proporciona ampla liberdade ao contratante na escolha dos participantes. Dessa forma, “*milita na direção da obtenção da melhor proposta para a Administração, objetivo fundamental das licitações*”. No que se refere à possibilidade de participação de um número de licitantes inferior a três, devido a limitações de mercado ou a manifesto desinteresse dos convidados, “*a própria determinação a contempla, ao fazer menção ao art. 22, parágrafo 7º, da Lei n.º 8.666/1993*”. A Primeira Câmara acolheu o voto do relator. *Acórdão n.º 1744/2010-1ª Câmara, TC-027.081/2008-3, rel. Min. José Múcio Monteiro, 06.04.2010.*

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