

Sessões: 5 e 6 de outubro 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**

Estimativa de preços em contratações públicas: obrigação advinda da Lei 8.666/1993.

Contratação de serviços de duração continuada:

- 1 - Critérios de reajustamento contratual para as empresas estatais;
- 2 – Requisitos para alteração societária do contratado.

Realização de despesas sem cobertura contratual.

Pagamento antecipado em contratações públicas: somente no caso de expressa previsão no edital e no contrato.

Primeira Câmara

Parcelamento do objeto: vários processos licitatórios *versus* um processo com vários lotes.

Segunda Câmara

Contratação de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas:

- 1 – Impossibilidade de exigir declaração formal da licitante de que dispõe de usina de asfalto, para fim de qualificação técnica;
- 2 – A possibilidade de os licitantes inabilitados, por não apresentarem índices de qualificação econômico-financeira iguais ou superiores aos exigidos no edital, comprovarem, por outros meios, capacidade de cumprir o futuro contrato é ato discricionário da Administração Pública.

PLENÁRIO**Estimativa de preços em contratações públicas: obrigação advinda da Lei 8.666/1993**

Em face de representação formulada ao Tribunal acerca de supostas irregularidades na aquisição e implementação, pelo extinto Ministério da Aeronáutica, de sistema de controle de tráfego aéreo, denominado Syncromax, desenvolvido pela empresa Atech – Fundação Aplicações Tecnológicas Críticas, foi realizada auditoria nos contratos firmados para a aquisição do referido sistema. Dentre os achados da equipe de auditoria, constou a “ausência de método formal de validação das propostas comerciais da Atech”. A esse respeito, foi consignado pela unidade técnica que “o gestor do Syncromax informou que não existe processo formal para validação dos valores fornecidos pela Atech nos contratos”. Na realidade, o procedimento adotado pela contratante seria “a comparação com os valores utilizados em contratos anteriores e a aplicação de índice de atualização monetária, se for o caso”. Desse modo, não existiria “método formal para avaliação das propostas comerciais da Atech, tais como análise por pontos de função ou comparativo com outros valores praticados no mercado”. Ainda para a unidade técnica, “o fato de todas as contratações terem sido realizadas por inexigibilidade de licitação reforça ainda mais a necessidade de adoção de método formal para efetivamente se certificar de que os preços cobrados pelo fornecedor são condizentes com os praticados pelo mercado”. No seu voto, o relator destacou que, em razão do método adotado, “se houve falhas nas estimativas dos preços nas primeiras contratações, essa falha perdurará em todas as subsequentes”. Ainda para o relator, é aceitável que, “quando das primeiras contratações, o pioneirismo do objeto contratado e a sua complexidade possam ter dificultado a justificativa dos preços por meio de critérios objetivos”. Todavia, atualmente, em razão da experiência adquirida pelo contratante, não haveria mais “razões para não ser dado cumprimento pleno ao disposto na Lei 8.666/93 (arts. 26, parágrafo único, inciso II, e 43, inciso IV)”. Desse modo, votou por se determinar ao contratante que “estabeleça método formal de estimativa de preços dos serviços contratados junto às empresas fornecedoras”, em cumprimento

às disposições da Lei 8.666/93, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos 1.182/2004 e 301/2005, ambos do Plenário. *Acórdão n.º 2643/2010-Plenário, TC-023.499/2007-3, rel. Min. Benjamin Zymler, 06.10.2010.*

Contratação de serviços de duração continuada: 1 – Critérios de reajustamento contratual para as empresas estatais

No âmbito de tomada de contas especial resultante de inspeção realizada na contratação da empresa Gtech Brasil Ltda. pela Caixa Econômica Federal, cujo objeto constituía-se na operacionalização de serviços lotéricos e não lotéricos prestados pela rede de lojas lotéricas credenciadas pela Caixa em todo o país, averiguou-se, dentre outros pontos, a não observância do art. 40, inc. XI, da Lei 8.666/1993, que determina o reajustamento do preço dos serviços contratados pela Administração Pública com base na *“variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, no período considerado”*. A unidade técnica, com base em farta e divergente jurisprudência do Tribunal, concluiu que, nos contratos firmados, com período superior a um ano, por sociedades de economia mista, empresas públicas e outras entidades controladas direta ou indiretamente pela União, o reajustamento de preços poderia ocorrer a partir dos critérios estabelecidos no art. 3º da Resolução 10/96, editada pela Coordenação e Controle das Empresas Estatais – CCE, pois não haveria *“ilegalidade no uso desta, que determina como parâmetros técnicos na repactuação os critérios de qualidade e preço de mercado”*. Todavia, em razão das divergências existentes, propôs que fosse suscitado incidente de uniformização jurisprudencial, de modo a solucionar o aparente conflito entre diversas decisões do Tribunal. Para o relator, contudo, não seria necessário situar a discussão em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, uma vez que *“a jurisprudência da Corte inclina-se visivelmente para a inclusão, no edital, de critérios de reajuste que privilegiem, de forma objetiva, a variação efetiva de custos ocorrida no período considerado, o que é plenamente factível na generalidade dos casos possíveis”*. Para ele, a *“Resolução CCE 10/1996 desvincula a alteração dos preços contratuais à variação do custo dos serviços, atrelando-a, em vez disso, aos preços vigentes no mercado para serviços de qualidade semelhante. Evidente que, nesse regime, a subjetividade na definição dos novos preços é maior”*. Ainda de acordo com o relator, *“na sistemática da Lei 8.666/1993, como é óbvio, o inicial equilíbrio econômico-financeiro não se perde ao longo da execução do contrato. Trata-se, portanto, de dispositivo muito mais rigoroso e transparente do que o art. 3º da Resolução CCE 10/1996, o que requer posicionamento mais explícito desta Corte acerca da validade deste último”*. Assim, ementou o entendimento de que, *“até que seja editada a lei específica de que trata o art. 173, §1º, inciso III, da Constituição, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as entidades controladas direta ou indiretamente pela União devem fazer constar, nos editais e contratos alusivos à prestação de serviços de duração continuada, previsão de que os reajustes de preços devem ser feitos com base na efetiva variação de custos comprovada pelo contratado, admitindo-se a adoção de índice setorial de reajuste, nos termos do art. 40, inciso XI, da Lei nº 8.666/1993, e em consonância com a Decisão nº 235/2002 e os Acórdãos nºs 34/2004 e 361/2006, todos do Plenário, não se regulando a matéria pelo art. 3º da Resolução CCE 10/1996”*, o que contou com a aprovação do Plenário. *Acórdão nº 2641/2010-Plenário, TC-002.365/2004-3, rel. Min. Augusto Nardes, 06.10.2010.*

Contratação de serviços de duração continuada: 2 – Requisitos para alteração societária do contratado.

Ainda na tomada de contas especial resultante de inspeção realizada na contratação da empresa Gtech Brasil Ltda. pela Caixa Econômica Federal, a qual teve como objeto a operacionalização de serviços lotéricos e não lotéricos prestados pela rede de lojas lotéricas credenciadas pela Caixa em todo o país, duas das irregularidades versaram sobre as mudanças societárias pelas quais passou a empresa originalmente contratada, a Racimec Informática Brasileira S. A., *“cujo controle teria passado para a empresa Gtech Brasil Holdings, subsidiária da empresa norte-americana Gtech Corporation, configurando incorporação da empresa contratada”*. A unidade técnica entendeu que as mudanças societárias atenderam aos requisitos do Acórdão 1.108/2003-Plenário, quais sejam: I) a possibilidade estar prevista no edital e no contrato, nos termos do art. 79, inciso VI, da Lei 8.666/1993; II) serem observados, pela nova empresa, os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei 8.666/1993, originalmente previstos na licitação; e III) serem mantidas as condições definidas no contrato original. Todavia, o relator ressaltou não ser necessário *“que o edital e o contrato expressamente prevejam a possibilidade de alteração societária da contratada para que o contrato subsista à modificação. Se o edital ou contrato não veda a alteração da pessoa da contratada, por fusão, incorporação ou cisão, o contrato pode subsistir se a reestruturação não trazer qualquer prejuízo à*

sua execução ou aos princípios da administração pública”, em razão do Acórdão 634/2007-Plenário. O Plenário acolheu o voto do relator. Acórdão nº 2641/2010-Plenário, TC-002.365/2004-3, rel. Min. Augusto Nardes, 06.10.2010.

Realização de despesas sem cobertura contratual

Representação formulada ao TCU noticiou supostas irregularidades na contratação de serviços para desenvolvimento dos sistemas Siafi XXI e DocsTN. Uma delas seria a realização de despesas sem cobertura contratual. Ouvido em audiência, um dos responsáveis alegou que, além da curta vigência do contrato, “*sempre teve o cuidado de controlar os serviços contratados para que a execução não ultrapassasse o limite ajustado*” e que “*tomou as providências ao seu alcance no sentido de alertar as autoridades competentes do risco dos serviços virem a ser prestados sem a devida cobertura contratual*”. A unidade técnica, ao examinar as justificativas apresentadas, concluiu restar evidente a ocorrência da irregularidade (despesa sem cobertura contratual), em afronta ao art. 62 da Lei nº 8.666/93. Entretanto, para a unidade técnica, “*pelas alegações e documentos apresentados pelo responsável, percebe-se que não houve má-fé do gestor na condução do assunto, tampouco houve negligência de sua parte, já que, além de ter se empenhado no controle da execução dos serviços contratados, o responsável preveniu as autoridades competentes da possibilidade da irregularidade vir a ser praticada*”. De sua parte, em face das análises, o relator considerou que não restaram comprovadas negligência ou má-fé por parte do responsável, pois o mesmo, na espécie, procedera com a “*diligência esperada, à vista da possibilidade de danos maiores ao interesse público decorrentes da descontinuidade dos serviços contratados*”. Desse modo, ao acolher as justificativas do responsável, votou por que a irregularidade ocorrida fosse relevada, no que contou com a anuência do Plenário. Acórdão nº 2673/2010-Plenário, TC-016.620/2008-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 06.10.2010.

Pagamento antecipado em contratações públicas: somente no caso de expressa previsão no edital e no contrato

Em sede de tomada de contas especial, instaurada pelo Ministério da Integração Nacional, foram apuradas potenciais irregularidades na execução do Convênio 778/1999, o qual transferiu ao Município de Bacabal, no Maranhão, recursos no valor de R\$ 300.000,00, em 30/6/2000, com vistas à contenção de encostas por meio da construção de muro de arrimo às margens do Rio Mearim. A esse respeito, o relator registrou que, “*embora o órgão concedente tenha verificado que as obras somente se iniciaram em setembro de 2000, a prefeitura já havia efetuado o saque de R\$ 90.000,00 (30% dos recursos) até agosto daquele exercício. Em 22/11/2000, observou-se que 72,44% dos recursos haviam sido sacados, enquanto que apenas 52% da obra haviam sido executados (75m/146m). Posteriormente, em fevereiro de 2001, constatou-se o saque de 100% dos recursos e, em junho de 2001, a consecução de 80% da meta programada (80m/146m)*”, tudo levando à conclusão, portanto, de que, efetivamente, ocorrera pagamento antecipado. No entender do relator, “*de acordo com o art. 38 do Decreto 93.872/86, a efetivação de adiantamento somente pode ser admitida se estabelecidas as devidas garantias e se houver a respectiva previsão no contrato e no edital da licitação. Contudo, observa-se que não há, no contrato e no edital, previsão da possibilidade de adiantamento e de prestação da garantia correspondente*”. Por conseguinte, concluiu que houve infração ao disposto no art. 62 da Lei 4.320/64, ou seja, antecipação indevida dos pagamentos. Propôs, então, por essa e por outras razões, o julgamento pela irregularidade das contas dos responsáveis, sem prejuízo da aplicação de multa. O Plenário acolheu a proposta formulada. Acórdão nº 2679/2010-Plenário, TC-014.091/2005-8, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 06.10.2010.

PRIMEIRA CÂMARA

Parcelamento do objeto: vários processos licitatórios versus um processo com vários lotes

Representação formulada por unidade técnica do Tribunal informou a necessidade de se apurar “*possível prática de sobrepreço na contratação de serviços terceirizados pelos órgãos federais de Roraima*”. Nesse quadro, foi determinada pelo relator a realização de inspeção na Seção Judiciária do Estado de Roraima – TRF da 1ª Região, para averiguação de legalidade, economicidade e efetividade da aplicação de recursos federais na contratação de serviços de terceirização de mão de obra, exceto aqueles relativos à prestação de serviços de vigilância e segurança armada/desarmada. A equipe técnica verificou, então, que o órgão possuía apenas um contrato de terceirização, que “*o atendia em relação aos serviços de limpeza, conservação, manutenção de instalações físicas, jardinagem, copeiragem, recepção de portaria e gabinetes, atendimento de consultório e operação de fotocopiadoras*”. Constatou, também, que o “*órgão realizou uma contratação*

*conjunta de serviços divisíveis técnica e economicamente, em desacordo com o disposto no art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993”, além de outras potenciais irregularidades. Apresentadas justificativas por responsável ouvido em audiência, a unidade técnica considerou que “a separação de licitações ou adjudicação por itens de serviços de natureza distinta é uma imposição da Lei de n. 8.666, de 1993, com jurisprudência uniforme do TCU, e deve ser seguida por todos os agentes públicos, independente da esfera de poder”. Na espécie, ainda para a unidade técnica, mesmo que não tenha havido restrições à competitividade, a junção de vários serviços distintos em uma só contratação inviabilizaria “a participação de empresas menores que porventura não tenham capacidade para atender a demanda total, mas apenas algumas parcelas”. Quanto à procedimentalização da licitação, a unidade técnica realçou que o cumprimento da legislação de referência “não requer necessariamente a realização de vários certames licitatórios, como supõe o gestor”, pois seria perfeitamente possível “realizar apenas uma licitação, bastando que os serviços divisíveis, sob o prisma técnico e econômico, sejam separados por lotes, medida que possibilita a adjudicação de serviços específicos para empresas diferentes, sempre em busca da proposta mais vantajosa para a Administração. A despeito de não ser possível afirmar que houve restrição da competitividade nos moldes adotados pelo TRF/RR, dada a participação de 8 (oito) empresas no certame, é forçoso concluir que a divisão por lotes atende de forma muito mais ampla o princípio da competitividade”. Acolhendo a manifestação da unidade técnica, o relator votou pela expedição de alerta ao TRF da 1ª Região - Seção Judiciária do Estado de Roraima, de modo a evitar ocorrência semelhante em licitações futuras, no que foi acompanhado pelos demais Ministros. **Acórdão n.º 6594/2009-1ª Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Valmir Campelo, 05.10.2010.***

SEGUNDA CÂMARA

Contratação de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas: 1 – Impossibilidade de exigir declaração formal da licitante de que dispõe de usina de asfalto, para fim de qualificação técnica

Em representação formulada ao TCU, foram apontadas possíveis irregularidades na Tomada de Preços nº 25/2010, realizada pela Prefeitura Municipal de Cariacica/ES, destinada à contratação de empresa para execução de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas, financiada, em parte, com recursos oriundos de contratos de repasse celebrados com o Ministério das Cidades. Dentre tais irregularidades, constou a “*exigência, como requisito de qualificação técnica, de declaração formal de que dispõe de usina de asfalto com capacidade de produção igual ou superior a 60 toneladas/hora, com licença de operação emitida pelo órgão ambiental competente, em vigor na data de entrega das propostas, a qual deverá estar localizada num raio máximo de 60 km de distância da sede do Município*”, a qual motivou a audiência dos responsáveis. Examinadas as justificativas apresentadas, a unidade instrutiva, citando vários precedentes do TCU, concluiu ser indevida a exigência. A respeito da situação, o relator ressaltou a existência de ampla jurisprudência do TCU, no sentido de que se trata de exigência descabida, sendo, por isso, “*motivo suficiente para anulação do certame*”, a exemplo do Acórdão 1495/2009 – Plenário, do qual destacou o seguinte excerto do voto condutor da decisão: “*restringe o caráter competitivo do certame a inclusão de cláusula exigindo, na fase de habilitação, que a empresa licitante já possua usina de asfalto instalada, ou, em caso negativo, que apresente declaração de terceiros detentores de usina, ainda mais quando é fixado limite máximo de distância para sua instalação*”. (...) “*Não há como buscar amparo na Lei n. 8.666/93 para se exigir dos licitantes a disponibilidade de usina de asfalto, ainda mais com localização prévia, nem, sequer, a exigência de termo de compromisso com usinas de terceiros*”. Enfatizou o relator que, “*caso o órgão licitante considere relevantes exigências de comprovação de propriedade de equipamentos, como a usina de asfalto, ou de apresentação de licenças de qualquer natureza, deve fazer tais imposições por ocasião da assinatura do contrato a ser firmado com a proponente vencedora, e não como requisito de habilitação*”. Assim, anuindo à proposta da unidade instrutiva, o relator votou pela fixação de prazo à Prefeitura de Cariacica para adotar as providências necessárias com vistas à anulação da Tomada de Preços nº 25/2010, no que contou com a anuência do Colegiado. Precedentes citados: Acórdãos 648/2004, 1578/2005, 1332/2006, 1631/2007, 2656/2007, 983/2008, 1663/2008, 2215/2008, 2150/2008, 1495/2009, 935/2010, 1339/2010, todos do Plenário. **Acórdão n.º 5900/2010-2ª Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.10.2010.**

Contratação de serviços de drenagem e pavimentação de vias urbanas: 2 – A possibilidade de os licitantes inabilitados, por não apresentarem índices de qualificação econômico-financeira iguais ou superiores aos exigidos no edital, comprovarem, por outros meios, capacidade de cumprir o futuro

contrato é ato discricionário da Administração Pública

Na mesma representação formulada ao TCU relativa à Tomada de Preços nº 25/2010, procedida pela Prefeitura Municipal de Cariacica/ES, outra possível irregularidade contida no edital foi a previsão da “inabilitação de licitantes que apresentarem índices de capacidade financeira (Índice de Liquidez Geral - ILG, Índice de Liquidez Corrente - ILC e Índice de Solvência Geral - ISG) inferiores a 1,0 (um), sem lhes oportunizar a possibilidade de comprovarem, por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido, ou, ainda, prestação de garantia, que detêm condições de adimplir com o futuro contrato”. Ao tratar do assunto, a partir das justificativas apresentadas, o relator registrou que a unidade técnica suscitou o “fato de o ato convocatório não prever a possibilidade de as empresas que apresentarem índices contábeis exigidos aquém dos valores estipulados comprovarem sua capacidade econômico-financeira por outros meios, como o capital mínimo ou patrimônio líquido ou, ainda, prestação de garantia, a fim de se ampliar a competitividade do certame”. Ainda conforme o relator, “tal possibilidade está prevista no item 7.2 da Instrução Normativa/MARE n. 5, de 21/7/1995, que estabelece os procedimentos destinados à implantação e operacionalização do Sistema de Cadastro Unificado de Serviços Gerais (Sicaf), segundo o qual as empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que 1 em qualquer um dos índices apurados devem comprovar, considerados os riscos para administração e, a critério da autoridade competente, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo no limite previsto na Lei n. 8.666/93, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do artigo 56, § 1º, do referido diploma legal”. Entretanto, “conforme preveem o artigo 31, § 2º, da Lei n. 8.666/93 e a própria instrução normativa supramencionada, não é obrigatório que a Administração estabeleça no ato convocatório a possibilidade de as licitantes que não apresentarem índices contábeis maiores ou iguais a 1 demonstrarem, para fins de habilitação, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantia. Tal previsão é ato discricionário da Administração”. Assim, concluiu o relator, em seu voto que, “não se pode exigir do ente municipal que faça constar dos editais de licitação essa possibilidade”. O Colegiado acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 5900/2010-2ª Câmara, TC-022.785/2010-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 05.10.2010.**

Responsáveis pelo Informativo:

Elaboração: Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretária das Sessões

Revisão: Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br