

Sessões: 30 de novembro e 1º de dezembro 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**

A declaração de inidoneidade aplicada pelo TCU independe do enquadramento da conduta em um dos tipos penais contidos na Lei 8.666/1993.

As contratações diretas amparadas no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 – emergência ou calamidade pública-, podem, excepcionalmente e atendidas determinadas condições, ultrapassar 180 dias.

Aplica-se a Lei 8.666/1993 nas licitações realizadas com recursos oriundos de empréstimos internacionais, no que não for incompatível com normas eventualmente editadas pelo concedente.

Somente a empresa controladora pode se utilizar do art. 24, inc. XXIII, da Lei 8.666/1993, para contratar com sua subsidiária.

O pagamento de “taxa de sucesso” não encontra amparo na Lei 8.666/1993.

Nova Súmula

Súmula n.º 262

PLENÁRIO**A declaração de inidoneidade aplicada pelo TCU independe do enquadramento da conduta em um dos tipos penais contidos na Lei 8.666/1993**

Representação ao TCU informou a ocorrência de supostas irregularidades no Pregão Eletrônico GECOP Nº 2005/0155, realizado pelo Banco do Brasil e cujo objeto era a prestação de serviços de vigilância armada nas dependências do Banco no Estado do Pará. Em função de tal processo, o TCU decidiu declarar a inidoneidade da empresa Falcon Vigilância e Segurança Ltda., para participar, por três anos, de licitações na Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei n.º 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU). Inconformada, a empresa intentou pedido de reexame, sendo que a unidade técnica responsável pela análise da matéria, rebatendo as alegações da recorrente em sua peça inicial, propôs que fosse negado provimento ao recurso, para manter inalterado o acórdão recorrido. O Ministério Público junto ao Tribunal – MP/TCU, todavia, divergiu da unidade instrutiva e propôs a insubsistência da decisão anterior, uma vez que a conduta que levaria à declaração de inidoneidade da empresa não se amoldaria aos tipos penais especificados nos artigos 90, 93, 95 e 96 da Lei 8.666/1993, o que contou com a concordância do relator originário do feito, Ministro Valmir Campelo, quando da primeira vez em que citado recurso foi à apreciação do Plenário, mas teve o seu julgamento suspenso em face de pedido de vista formulado pelo Ministro Benjamin Zymler. Desta feita, o ministro Benjamin Zymler, em voto-revisor, entendeu assistir razão às análises procedidas pela unidade técnica. Depois de expor os fatos que levaram o TCU, anteriormente, a declarar a inidoneidade da empresa recorrente, o relator, a respeito do fato de a conduta impugnada estar, ou não, enquadrada nos tipos penais estabelecidos na Lei 8.666/93, observou ser outro o fundamento para a apenação da recorrente: o art. 46 da Lei 8.443/1992. O dispositivo, na visão do relator, estabelece “*sanção administrativa, o que não se confunde com os tipos penais do estatuto de licitações*”. Para ele, tendo em conta “*o princípio da independência entre as instâncias, as sanções penais e administrativas podem ser aplicadas independentemente e estão sujeitas a diferentes formas de valoração*”. Não vislumbrou, em consequência, fundamento para que se afirmasse, “*que o conceito de fraude previsto no art. 46 da Lei 8.443/92 estivesse circunscrito aos ditames previstos nos tipos penais da Lei 8.666/93*”, pois, “*caso assim fosse, esta Corte apenas poderia aplicar a referida pena administrativa quando o assunto estivesse resolvido na esfera penal, pois enquanto houvesse dúvidas acerca da subsunção dos fatos aos referidos tipos penais, não poderia a*

pena ser aplicada. Tal entendimento, como visto, vai contra o princípio de independência entre as instâncias”. Assim, votou por que se negasse provimento ao recurso de reexame intentado, mantendo-se, em consequência, os exatos termos da decisão anterior. O relator, Ministro Valmir Campelo, reajustou o seu voto para acompanhar o revisor, tendo a matéria sido aprovada por unanimidade pelo Plenário. **Acórdão n.º 3222/2010-Plenário, TC-003.533/2006-1, rel. Min. Valmir Campelo, revisor Min. Benjamin Zymler, 01.12.2010.**

As contratações diretas amparadas no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 – emergência ou calamidade pública-, podem, excepcionalmente e atendidas determinadas condições, ultrapassar 180 dias

Auditoria foi realizada pelo TCU, com o objetivo de acompanhar as ações governamentais conduzidas pelo Governo do Estado de Pernambuco, para auxiliar a parte do Estado fronteiriça com o Estado de Alagoas no retorno à normalidade, após a ocorrência de intensas e extraordinárias precipitações pluviométricas no final de junho de 2010, as quais levaram o governo pernambucano à decretação de “Situação de Emergência” e “Estado de Calamidade Pública”, nos municípios mais afetados, sendo efetuadas diversas contratações emergenciais, com fulcro no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/93, no bojo da denominada “Operação Reconstrução”. Nesse quadro, o Procurador-Geral daquele Estado encaminhou ofício ao TCU, acompanhado de relatórios de diversas áreas do governo estadual, dando conta de que, *“em relação à situação de emergência verificada em Pernambuco, por ocasião das chuvas, diversos fatores implicaram a impossibilidade de conclusão de todas as obras necessárias à restauração da normalidade dentro do prazo legal de 180 dias.”*. Foi, então, requerida pelo representante estadual a autorização excepcional para que as contratações emergenciais perdurassem por prazo superior ao limite de 180 dias estabelecido no art. 24, IV, da Lei 8.666/93, bem como a prorrogação dos contratos em vigor pelo prazo necessário à finalização das obras em andamento, à contratação e ao início das demais obras tidas como essenciais. Ao examinar os fatos, o relator destacou, inicialmente, que, *“não se insere dentre as atribuições constitucionais desta Corte autorizar os entes e/ou gestores jurisdicionados a efetuar contratações ou realizar aditivos contratuais, pois essa é prerrogativa dos gestores. Assim, tais atos administrativos se aperfeiçoam independentemente da atuação do TCU”*. Todavia, enaltecendo a preocupação do governo de Pernambuco em prover, com brevidade, as necessidades da região assolada pelas chuvas, o relator enfatizou se estar diante de situação excepcional. Assim, citando jurisprudência do TCU, destacou que, *“o limite de 180 dias para execução de serviços emergenciais, referido no inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, pode ser ultrapassado se isso for indispensável para a preservação do bem protegido”*. No mesmo sentido, quanto à prorrogação dos contratos firmados diretamente com base no mesmo dispositivo, registrou o relator, amparado em jurisprudência do TCU, que *“é possível, em casos excepcionais, firmar termo aditivo para prorrogar contrato oriundo da dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993, por período adicional estritamente necessário à conclusão da obra ou serviço, além do prazo máximo fixado nesse dispositivo legal, desde que essa medida esteja fundamentada na ocorrência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que impossibilite a execução contratual no tempo inicialmente previsto.”* Por conseguinte, votou por que se expedisse comunicação ao Governo de Estado de Pernambuco quanto à possibilidade de os contratos firmados com base no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 ultrapassarem o limite de 180 dias contido no dispositivo, desde que cumpridas as condicionantes apontadas, no que contou com a anuência do Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 845/2004 e 1941/2007, ambos do Plenário. **Acórdão n.º 3238/2010-Plenário, TC-019.362/2010-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 01.12.2010.**

Aplica-se a Lei 8.666/1993 nas licitações realizadas com recursos oriundos de empréstimos internacionais, no que não for incompatível com normas eventualmente editadas pelo concedente

Mediante pedidos de reexame, diversos responsáveis manifestaram seu inconformismo com relação à decisão proferida anteriormente pelo TCU, em razão de auditoria realizada na licitação e no contrato para a construção da adutora Alto Oeste/RN. Na oportunidade anterior, o TCU, por meio do Acórdão 1347/2010-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, calculou um sobrepreço de R\$ 4,9 milhões no contrato firmado, e, em consequência, determinou a retenção de valores por parte do Ministério da Integração Nacional, bem como aplicou multa a diversos gestores por não terem, dentre outras irregularidades, observado os critérios de julgamento da Lei n.º 8.666/1993. A par disso, foram feitas determinações a serem seguidas em todas as licitações de obras custeadas com recursos federais decorrentes de financiamento obtido junto a organismos financeiros multilaterais, assim como em todas as licitações de obras cujo financiamento tenha sido objeto de garantia da União. Nesta etapa processual, um dos recorrentes defendeu a exclusão ou alteração das determinações anteriores que, a seu sentir, impuseram a adoção de

regras incompatíveis com aquelas adotadas pelo Banco Mundial, nos contratos em que tal instituição conste como financiadora. A unidade técnica, ao examinar a matéria, concordou em parte com os argumentos recursais. Para ela, *“as licitações com recursos oriundos de empréstimo internacional, aprovado pelo Congresso Nacional, regem-se pelas regras estipuladas pelo organismo multilateral, em tudo aquilo que não contrarie a Constituição Federal”*. De outro lado, ainda para a unidade técnica, *“as regras federais que regem o procedimento licitatório também teriam plena aplicabilidade se não houver incompatibilidade com as normas editadas pelos organismos multilaterais que regem as licitações decorrentes de seus empréstimos concedidos”*. Na espécie, o relator concordou parcialmente com as análises da unidade técnica. Dissentiu, todavia, de determinados encaminhamentos dados, no caso concreto, ajustando-os, conforme seu entendimento. Votou, então, pela insubsistência de alguns itens constantes da deliberação anterior, bem como pelo ajuste na redação de outros, de maneira a adequá-los às conclusões obtidas nesta etapa processual. O Plenário aprovou o voto do relator. **Acórdão n.º 3239/2010-Plenário, TC-010.801/2009-9, rel. Min. Benjamin Zymler, 01.12.2010.**

Somente a empresa controladora pode se utilizar do art. 24, inc. XXIII, da Lei 8.666/1993, para contratar com sua subsidiária

Representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal – MP/TCU - trouxe notícias acerca de possíveis irregularidades na aquisição, pelo Banco do Brasil S/A, de 30.945 microcomputadores da empresa Cobra Tecnologia S/A por dispensa de licitação, ao preço unitário de R\$ 3.374,72. Em instrução inicial, a unidade técnica responsável pelo feito concluiu que os preços estavam dentro de uma média praticada pelo mercado para equipamentos similares, inexistindo, portanto, impedimento para a contratação da Cobra Tecnologia S/A na forma procedida. No entanto, em nova instrução, por conta de determinação do relator originário do feito, a unidade técnica, após a promoção de várias audiências, propôs a rejeição das razões de justificativa apresentadas por diversos responsáveis, com aplicação de multa, por entender irregular a contratação da Cobra Tecnologia pelo Banco do Brasil, tendo como fundamento o art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/1993. Ao examinar a matéria, o relator consignou que, *“a contratação da Cobra Tecnologia S/A mediante dispensa de licitação já foi objeto de diversos processos neste Tribunal, tendo sido verificada a utilização dos incisos VIII, XVI e XXIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93 como fundamento legal”*. Enfatizou, todavia, que a jurisprudência do Tribunal é no sentido de que, *“as empresas integrantes da Administração Pública que possam prestar serviços também a particulares (caso em que se submetem a regime jurídico semelhante ao das empresas privadas, conforme disposto no art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal), como é o caso da Cobra Tecnologia S/A, não podem ser beneficiadas com a dispensa de licitação prevista nos incisos VIII e XVI do art. 24 da Lei nº 8.666/93”*. Assim, para ele, *“somente o Banco do Brasil S/A, empresa controladora da Cobra Tecnologia S/A, pode contratá-la por dispensa de licitação, com fundamento no inciso XXIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93”*. Para isso, ainda de acordo com o relator, *“o preço deve ser compatível com o praticado no mercado, consoante expressamente fixado na referida lei”*. Aduziu, também, requisito consagrado na jurisprudência deste Tribunal, de que haja relação de pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem adquiridos e o objetivo institucional ou social da entidade subsidiária e controlada, bem como a regra geral de não ser possível a subcontratação por parte de tal entidade, a partir do fundamento utilizado para sustentar a dispensa de licitação analisada. Assim, votou pelo acolhimento das justificativas apresentadas, com a expedição de determinações ao Banco do Brasil, no sentido de que contemplasse, em seus normativos, regras quanto à contratação da Cobra Tecnologia S/A, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdãos nº 496/99, 314/2001, 869/2006, 2.399/2006 e 1.705/2007, todos do Plenário). **Acórdão n.º 3219/2010-Plenário, TC-007.049/2004-6, rel. Min. Raimundo Carreiro, 01.12.2010.**

O pagamento de “taxa de sucesso” não encontra amparo na Lei 8.666/1993

Auditoria realizada pelo Tribunal quanto ao uso de recursos federais alocados para o Sistema de Trens Urbanos de Salvador/BA - Trecho Lapa-Pirajá, identificou diversas possíveis irregularidades, dentre elas, a previsão de pagamento à Trends Engenharia e Tecnologia Ltda. de taxa de Sucesso no valor de 1% (um por cento) dos investimentos a serem realizados pela futura concessionária na exploração de linha do Metrô de Salvador. Tal prática, sem amparo legal, implicaria pagamentos sem contraprestação de serviços por parte da empresa, que atuaria como consultora, pois já teriam sido pagos os valores correspondentes a toda a elaboração dos produtos que compuseram o objeto do contrato firmado. Ao abordar a questão, a unidade técnica considerou *“esclarecida a irregularidade, uma vez que a Companhia de Transporte de Salvador decidiu excluir a referida cláusula contratual”*, por conta de reunião promovida em 2008. Contudo, o relator

divergiu do encaminhamento dado. Para ele, “*o saneamento da falha atenua a reprovabilidade da conduta, por evitar seus efeitos concretos, mas não retira do mundo jurídico a inclusão indevida, no edital e no contrato, de cláusula destituída de amparo na Lei de Licitações (8.666/1993), na Lei de Concessões (8.987/1995) ou, até mesmo, na Lei de Parceria Público-Privada (11.079/2004)*”. Na espécie, considerou que a remuneração pela elaboração dos produtos que compuseram o objeto do Contrato n. 11/2007, havia ocorrido pelo pagamento da quantia acordada. Ainda para o relator, não eximiria os gestores de responsabilização o argumento de que, “*o referido modelo de remuneração da empresa de Consultoria, com participação sobre o valor dos investimentos da concessionária na exploração da linha, teria recebido a aprovação do Banco Mundial*”. Para ele, “*não foi apontada qualquer regra do organismo internacional que impusesse a referida forma de remuneração*”. Desse modo, manteve o entendimento de que, em linha com a jurisprudência do Tribunal, deveria ser aplicada a Lei 8.666/1993, uma vez que, não havendo disposições específicas em normas do Banco Mundial, ou conflitos com estas, caberia o uso das disposições do regulamento pátrio. Precedentes citados: Acórdãos nºs 715/2004 e 1347/2010, ambos do Plenário. **Acórdão n.º 3264/2010-Plenário, TC-010.535/2008-2, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer, 01.12.2010.**

NOVA SÚMULA

Súmula n.º 262

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Responsáveis pelo Informativo:**Elaboração:** Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.**Revisão:** Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.**Contato:** infojuris@tcu.gov.br