

Sessões: 15 e 16 de março de 2011

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 nas datas acima indicadas, 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**

Licitações de obras públicas: no caso de alteração do projeto originário, há que se demonstrar, motivadamente, que a nova solução é de fato superior, sendo que, quando se verifique desfiguração significativa do projeto inicial, a realização de nova licitação é imprescindível.

Após a manifestação, imediata e motivada, do licitante da intenção de recorrer em um pregão, a apreciação inicial dos argumentos apresentados é de incumbência do Pregoeiro, o qual pode negar seguimento ao expediente, por falta do atendimento dos requisitos estabelecidos na normatividade.

É inviável o uso do pregão para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução.

Licitações e contratações públicas:

1 – Apesar de não existir na Lei 8.666/1993, expressamente, dispositivo que proíba a participação em certame licitatório de parentes da autoridade responsável pela homologação do procedimento, tal vedação pode ser extraída da interpretação axiológica do estatuto das licitações públicas;

2 – Na apuração de irregularidades em processo licitatório deve ser aferida a participação dos agentes públicos envolvidos, de modo a se promover a adequada responsabilização pelos fatos danosos.

Na contratação da prestação de serviços, no caso de não adoção, em caráter excepcional, da remuneração por resultados ou produtos, deve ser promovido o adequado detalhamento do grau de qualidade exigido e estimativa prévia da quantidade de horas, justificando quando não for possível ou necessário tal procedimento.

PLENÁRIO

Licitações de obras públicas: no caso de alteração do projeto originário, há que se demonstrar, motivadamente, que a nova solução é de fato superior, sendo que, quando se verifique desfiguração significativa do projeto inicial, a realização de nova licitação é imprescindível

Ao apreciar embargos de declaração opostos pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT) em face de determinação veiculada pelo Acórdão 749/2010-Plenário, no sentido de que, nas alterações contratuais relativas às obras à cargo daquela autarquia, o limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 aplica-se separadamente às supressões e acréscimos de quantitativos à planilha, a cada alteração contratual devidamente justificada, o Tribunal afastou o entendimento manifestado pela instituição quanto à da natureza secundária que teriam as soluções construtivas e outras especificações incorporadas ao projeto de uma obra, para a correta identificação do empreendimento. Para o DNIT, como tais situações teriam papel apenas coadjuvante ao objeto visado, as escolhas técnicas e especificações poderiam ser alteradas em qualquer fase da obra e, mais ainda, constituiriam exceção ao procedimento preconizado na determinação questionada, no sentido de que a supressão dos itens relativos às soluções técnicas e especificações a serem substituídas na fase de execução contratual não estariam sujeitos ao limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993. Para o relator, todavia, a simples leitura das disposições constantes do art. 6º, inciso IX, do estatuto das licitações públicas, seria suficiente para esclarecer que toda e qualquer obra é caracterizada pelo seu projeto, e que este deve conter, obrigatoriamente, “a identificação dos tipos de serviço e materiais necessários à execução, com as respectivas especificações”. Deveria incorporar, também, “todas as soluções globais e localizadas, minimizando a necessidade de maiores detalhamentos por ocasião da elaboração do projeto executivo”. Assim, não teria absolutamente qualquer fundamento legal

ou fático, portanto, a assertiva de que, na obra rodoviária, o objeto estaria definido com a simples informação de que se trata de construção e pavimentação, e com a indicação do trecho e da extensão. Também equivocada, ainda segundo o relator, a noção de que a reformulação do projeto, por considerar soluções por ele não albergadas, traria maiores benefícios à obra, acarretando automaticamente a alteração contratual para substituição da solução anterior pela nova concepção. Segundo o relator, em primeiro lugar, deve-se ter presente que, *“no contrato administrativo, todas as partes contratantes estão inexoravelmente adstritas aos termos da licitação e da proposta que deram origem ao contrato (art. 54, § 1º, da Lei 8.666/1993)”*, e, além disso, no caso de alteração do inicialmente ajustado, *“há que se demonstrar que a nova solução é de fato superior, com explicitação dos motivos pelos quais não foi ela consagrada no projeto original, durante sua elaboração”*. Na espécie, em obras relativas à engenharia rodoviária, segundo o ponto de vista do relator, *“as soluções técnicas aplicáveis a cada situação real já são bem conhecidas pelos projetistas que operam nessa área. Há plenas condições de se determinar, a priori, a solução técnica adequada a cada problema”*. Assim, mesmo nos casos extremamente raros em que não se possa determinar de antemão a melhor solução técnica, será necessário, ainda, *“verificar o grau de ofensa das alterações necessárias no contrato às condições advindas da licitação, pois havendo desfiguração significativa do projeto inicial a realização de nova licitação será inevitável”*. Por conseguinte, votou, e o Plenário consentiu, pelo não provimento dos embargos. **Acórdão n.º 591/2011-Plenário, TC-022.689/2006-5, rel. Min. Augusto Nardes, 16.03.2011.**

Após a manifestação, imediata e motivada, do licitante da intenção de recorrer em um pregão, a apreciação inicial dos argumentos apresentados é de incumbência do Pregoeiro, o qual pode negar seguimento ao expediente, por falta do atendimento dos requisitos estabelecidos na normatividade

Representação trouxe notícias ao Tribunal a respeito de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico para Registro de Preços n.º 34/2010, realizado pelo Ministério das Comunicações, tendo por objeto a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de tratamento técnico arquivístico do acervo documental daquele órgão. Dentre tais irregularidades, as quais, inclusive, levaram à suspensão cautelar do certame pelo TCU, constou suposto indeferimento indevido da intenção de recorrer da representante, o que, além de não encontrar amparo no edital, não encontraria guarida na Lei 10.520/2002 ou no Decreto 5.450/2005, regulamento do assunto, em âmbito federal. Ao examinar a situação, o relator destacou, inicialmente, que o art. 4º, inciso XVIII, da Lei 10.520/2002, dispõe, expressamente, caber à qualquer licitante a possibilidade de manifestar, imediata e motivadamente, intenção de recorrer, devendo, no prazo de três dias, apresentar as razões recursais. No entanto, referida norma não definiria a quem caberia fazer o juízo de admissibilidade do recurso, nem a quem o mesmo seria endereçado. Nesse contexto, o Decreto n.º 5.450/2005 consigna, expressamente (art. 11, VII), caber ao pregoeiro, dentre outras atribuições, *“receber, examinar e decidir os recursos, encaminhando à autoridade competente quando mantiver sua decisão”*. Verifica-se, desse modo, que o exame da admissibilidade do recurso foi atribuído ao pregoeiro, ao passo que o exame de mérito – no caso de não haver juízo de retratação por parte do pregoeiro – constitui atribuição da autoridade superior, conforme previsto noutro dispositivo do Decreto n.º 5.450/2005 (art. 8º, inc. IV). Assim, para o relator, a finalidade da norma, ao autorizar o pregoeiro a examinar previamente a admissibilidade do recurso, seria *“afastar do certame aquelas manifestações de licitantes de caráter meramente protelatório, seja por ausência do interesse de agir, demonstrada pela falta da necessidade e da utilidade da via recursal, seja por não atender aos requisitos extrínsecos, como o da tempestividade”*. O papel do pregoeiro, em consequência, não seria o de examinar o mérito recursal, pois tal mister competiria à autoridade superior, mas sim o de verificar se os motivos consignados na intenção de recorrer possuem, em tese, um mínimo de plausibilidade para seu seguimento. Esta seria a melhor exegese da expressão ‘motivadamente’, contido no art. 4º, XVIII, da Lei n.º 10.520/2002, porquanto, ainda conforme o relator, *“são inúmeros os casos em que o próprio pregoeiro tem plenas condições de negar seguimento ao recurso mediante simples exame dos fundamentos apresentados”*. Quanto à atuação do interessado, não seria necessário, em sua manifestação do intuito de recorrer, esgotar os fundamentos de sua irrisignação, mesmo porque os prazos concedidos pela normatividade são exíguos para esse fim, mas deveria ele, dentro do possível, *“apresentar motivação que demonstre o mínimo da plausibilidade de seus argumentos, de sorte a justificar o seguimento do recurso”*. Na espécie, como a recorrente manifestara-se, no momento de apresentar a intenção de recorrer, apenas afirmando que *“a licitante declarada vencedora possivelmente não cumpriu com as exigências do edital”* não evidenciara intenção motivada de recorrer em desfavor da empresa vencedora do certame, razão pela qual, no ponto, considerou acertada a decisão do pregoeiro em não dar andamento ao recurso, apresentando voto nesse diapasão, no que contou com a acolhida do Plenário. **Acórdão n.º 600/2011-Plenário, TC-033.647/2010-0, rel. Min. José Jorge, 16.03.2011.**

É inviável o uso do pregão para contratação de serviços nos quais predomine a intelectualidade, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução

“O pregão não deverá ser utilizado para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, assim considerados aqueles que podem apresentar diferentes metodologias, tecnologias e níveis de desempenho e qualidade, sendo necessário avaliar as vantagens e desvantagens de cada solução”. Foi essa uma das conclusões a que o chegou o Tribunal ao analisar representação que trouxe ao seu conhecimento potenciais irregularidades no Pregão Eletrônico nº 78/2010, realizado pela Companhia Docas do Pará - (CDP), por meio do qual se pretendeu selecionar empresa para execução de serviços de engenharia, consistentes na elaboração de estudos e projetos para: (i) construção de nova portaria; (ii) centro administrativo; (iii) urbanização das vias; (iv) rampa rodofluvial; (v) terminal de múltiplo uso 2 (TMU 2); e (vi) serviços de inspeção, análise e projeto executivo de recuperação/reforço/ampliação estrutural do Píer 100 (TMU 1), no Porto de Santarém/PA. Em seus argumentos, a representante defendeu que a modalidade licitatória escolhida (pregão) não seria adequada para a contratação, *“por abarcar serviços de engenharia de elevado nível de complexidade técnica, que não se enquadrariam na categoria de ‘serviços comuns’.* Para ela, à luz do disposto no art. 46 da Lei nº 8.666/93, a licitação deveria ser do tipo *“melhor técnica” ou ‘técnica e preço’, incompatíveis com o rito do pregão”.* Segundo a unidade técnica, apesar de o termo de referência do Pregão indicar normas, especificações técnicas e regras que a empresa contratada deveria considerar quando da execução dos aludidos serviços, não seria possível classificá-los como comuns, *“em razão das características desses serviços, cuja prestação requer intensa atividade intelectual, com razoável grau de subjetivismo, mormente em relação à elaboração dos ‘projetos conceituais’ – ‘anteprojetos, a partir dos quais a CDP decidirá pela aprovação ou não dos arranjos gerais, orçamentos e etc.”* –, a escolha do pregão teria sido inadequada”. Ao concordar com a unidade instrutiva, o relator, em seu voto, destacou que *“se o projeto ou estudo a ser obtido pela realização do serviço por uma empresa ou profissional for similar ao projeto desenvolvido por outra empresa, dotada com as mesmas informações da primeira, esse objeto, no caso ‘estudos e projetos’ podem ser caracterizados como ‘comuns’.* Caso contrário, se a similaridade dos produtos a serem entregues não puder ser assegurada, o objeto é incomum”. Na espécie, comparando os parâmetros essenciais à caracterização dos “serviços comuns” com as peculiaridades do objeto licitado no âmbito da CDP, concluiu o relator que os serviços pretendidos pela entidade não deveriam ter sido licitados por pregão, pois o objeto do certame comportaria variações de execução relevantes, que o tornaria incompatível com a definição legal de bens e serviços comuns estabelecidos pela lei, que condiciona o uso do pregão. Assim, ainda para o relator, *“não basta que o objeto possa ser objetivamente definido pelo edital para a sua caracterização como comum. As especificações dos métodos aplicáveis usualmente no mercado e suficientes para garantirem o adequado padrão de qualidade e de desempenho devem constar, de forma detalhada, do instrumento convocatório”*, o que não teria observado no edital do Pregão Eletrônico CDP nº 78/2010. Ademais, consignou o relator ser possível a existência de soluções distintas para o objeto licitado, tal como no caso concreto, a depender da capacidade técnica da empresa contratada, *“mas a diferença entre as soluções que possam ser produzidas não deverá ser significativa para a Administração, ou, mais precisamente, a consequência advinda da diferença técnica entre as soluções não poderá ser relevante para o ente contratante, de forma a propiciar-lhe vantagens ou desvantagens acentuadas, ganhos ou perdas consideráveis. Se este, no entanto, for o cenário, a técnica a ser empregada na prestação dos serviços passará a ter papel de destaque na busca da proposta mais vantajosa para a Administração, merecendo, pois, a devida pontuação no certame licitatório”.* Nesse quadro, por considerar inapropriado o uso do pregão para a contratação dos serviços em questão, votou por que determinasse à CDP a adoção de providências com vistas à anulação da licitação, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 2079/2007, 2471/2008 e 1039/2010, todos do Plenário. **Acórdão n.º 601/2011-Plenário, TC-033.958/2010-6, rel. Min. José Jorge, 16.03.2011.**

Licitações e contratações públicas: 1 – Apesar de não existir na Lei 8.666/1993, expressamente, dispositivo que proíba a participação em certame licitatório de parentes da autoridade responsável pela homologação do procedimento, tal vedação pode ser extraída da interpretação axiológica do estatuto das licitações públicas

Representação levou ao conhecimento do TCU potenciais irregularidades ocorridas na aplicação de recursos oriundos do Contrato de Repasse nº 0141741-29/2002/SEDU/CAIXA, firmado entre a Caixa Econômica Federal (CEF) e o município de Maratáizes/ES, destinados à construção de 1.638 metros de rede coletora de

esgoto. Dentre tais irregularidades, abordou-se, em função de sua gravidade, a contratação da empresa Square Construtora Ltda., de propriedade do sobrinho do então Prefeito, configurando possível conflito de interesse, em afronta ao art. 9º, **caput**, incisos I e III, e § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, além dos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, com indícios de direcionamento do certame. Para o ex-gestor municipal, a contratação de parente próximo não seria irregular, mesmo tendo sua conduta confrontada com os princípios constitucionais da moralidade e impessoalidade. Não se poderia deduzir, a partir do grau de parentesco, a violação dos princípios constitucionais, uma vez que a contratação teria sido fruto de procedimento licitatório regular. No entanto, entende o relator que *“mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações em que o servidor público atue na condição de autoridade responsável pela homologação do certame, vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas...”*. Por conseguinte, pela contratação da empresa do sobrinho e por outras irregularidades que propiciaram o direcionamento do certame, tais como a contratação da construtora do parente mediante convite em que apenas a empresa dele compareceu ao certame e a aceitação de “declaração” de auditor da previdência social, a informar que a Construtora Square não teria, ao tempo da licitação, débitos perante a previdência em lugar da necessária certidão negativa de débitos previdenciários, o relator votou por que se responsabilizasse o ex-prefeito e todos os demais participantes da contratação, sem prejuízo de que se aferisse, em processo apartado, o envolvimento do sobrinho do ex-prefeito nas irregularidades verificadas, para que, em momento oportuno, fosse declarada a inidoneidade da empresa de sua propriedade, caso restassem comprovados os indícios de tal envolvimento. O Plenário acolheu a proposição. Precedentes citados: Acórdãos 2.136/2006-1ª Câmara, 1785/2003-2ª Câmara, 778/2009, 1.170/2010 e 1.893/2010, do Plenário. **Acórdão n.º 607/2011-Plenário, TC-002.128/2008-1, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 16.03.2011.**

Licitações e contratações públicas: 2 – Na apuração de irregularidades em processo licitatório deve ser aferida a participação dos agentes públicos envolvidos, de modo a se promover a adequada responsabilização pelos fatos danosos

Ainda na representação que levou ao conhecimento do TCU potenciais irregularidades ocorridas na aplicação de recursos oriundos do Contrato de Repasse nº 0141741-29/2002/SEDU/CAIXA, firmado entre a Caixa Econômica Federal (CEF) e o município de Maratáizes/ES, constou a ausência de justificativa para a inobservância do número mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite (nº 53/2005), impondo-se a repetição do ato, com a convocação de outras possíveis empresas interessadas, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7º do art. 22 da Lei nº 8.666, de 1993. Na espécie, comparecera ao certame apenas uma empresa, de propriedade do sobrinho do então Prefeito. A unidade técnica, ao analisar essa irregularidade, fez juntar aos autos pesquisa no cadastro de pessoas jurídicas da Receita Federal que indicou a existência de 25 possíveis fornecedores em condições de atender à licitação em questão, no município de Maratáizes ou em municípios vizinhos. Promovida a oitiva dos responsáveis, o ex-presidente da Comissão Permanente de Licitação – (CPL) justificou-se apontando dificuldades para proceder ao convite das empresas, como: falta de servidores e de veículos, dificuldades de encontrar licitantes, muitas empresas seriam firmas individuais e falta de interesse dos potenciais participantes do certame. Já duas ex-integrantes da CPL, também ouvidas por esta irregularidade, informaram que, ao período dos fatos, teriam sido recém nomeadas para a função, sem receber devido treinamento, além de terem seguido as orientações do presidente da CPL, que era advogado. Alegaram, ainda, falta de clareza da Lei de Licitações a esse respeito, bem como a inaplicabilidade da Súmula TCU nº 248. Ao examinar o assunto, o relator enfatizou que, embora exista orientação jurisprudencial do TCU sobre o assunto, o tema não seria de fácil domínio junto à doutrina. Assim, mensurando a contribuição para a irregularidade em questão, concluiu ser a maior parte atribuível ao então presidente da CPL, pessoa qualificada para a função, conforme asseverado pelo próprio responsável, em suas justificativas. Já as demais integrantes da comissão teriam desempenhado papel secundário no transcurso do convite nº 53/2005. Assim, para estas, a aplicação da penalidade proposta pela unidade técnica seria desproporcional. Diferente seria a situação de outra componente da CPL, que, ao tempo dos fatos, acumulava a função com a de assessora jurídica da Prefeitura. Por possuir formação jurídica, era de se esperar da responsável, na opinião do relator, *“conduta diversa, consignando no processo que a não repetição do convite após o comparecimento de apenas uma licitante, sem a devida justificativa, contrariava a norma aplicável”*. Por conseguinte, tendo em conta a participação de cada um dos ex-membros da comissão, votou o relator por que a irregularidade fosse atribuída ao ex-Presidente da CPL, à ex-integrante da comissão e assessora jurídica da prefeitura, que conduziram e instruíram esta fase da licitação, bem como

ao ex-prefeito de Marataízes, que homologou o procedimento. O Plenário acolheu a proposição. Precedentes citados: Súmula/TCU 248, *Acórdão n.º 607/2011-Plenário, TC-002.128/2008-1, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 16.03.2011.*

Na contratação da prestação de serviços, no caso de não adoção, em caráter excepcional, da remuneração por resultados ou produtos, deve ser promovido o adequado detalhamento do grau de qualidade exigido em relação aos serviços e na estimativa prévia da quantidade de horas, justificando quando não for possível ou necessário tal procedimento

Ao decidir, no mérito, representação promovida em desfavor da Concorrência nº 1/2010, conduzida pelo Instituto Brasileiro de Turismo – (Embratur), e cujo objeto consistiu na contratação de serviços de consultoria e execução de relações públicas e assessoria de imprensa no exterior, para divulgar o Brasil como destino turístico, o Tribunal, dentre outras possíveis irregularidades, examinou a previsão de contratação de serviços baseada em critério de remuneração por hora-homem, em detrimento da remuneração por resultados ou produtos obtidos, em afronta ao disposto no art. 11 da Instrução Normativa nº 2, de 2008, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MP. Promovida sua oitiva, o Presidente da Embratur informou haver determinado providências internas à instituição, com vistas à correção do problema. Nesse sentido, a fragilidade detectada em relação ao critério de remuneração adotado (homem-hora) seria equacionada, de acordo com o Presidente da entidade administrativa, pela inserção nos contratos de prestação de serviços assinados com as vencedoras do certame, de cláusula que obriga à emissão das ordens de serviço com o conteúdo de que *“todos os serviços necessários à execução do objeto do Contrato deverão ser discriminados e previamente aprovados pela EMBRATUR, por meio de Ordem de Serviço, contendo os itens estabelecidos no art. 15, VI, da IN nº 2/2008 da SLTI/MP, tomando-se por base os valores fixados na planilha de composição de preço”*. Tal providência, na opinião do relator do feito, apesar de estar em conformidade com o que fora proposto pela unidade técnica do Tribunal, seria insuficiente para suprir, integralmente, as necessidades de controle da execução contratual, uma vez que não contemplaria campos com a indicação da prévia estimativa da quantidade de horas requeridas na execução do serviço e da qualidade exigida em relação a ele. Ainda segundo o relator, os campos atinentes à prévia estimativa da quantidade de horas demandadas na realização da atividade designada e à avaliação da qualidade dos serviços têm previsão expressa nas alíneas “d” e “g” do inciso VI do art. 15 da IN-SLTI/MP nº 2, de 2008. E, portanto, *“tais critérios são fundamentais nos casos – como o tratado nesta oportunidade – em que se admite, excepcionalmente, pelas características singulares do objeto, a não adoção da remuneração por resultados ou produtos, de forma que a Administração Pública não fique à mercê do contratado e termine remunerando a ineficiência”*. Por conseguinte, votou por que se expedisse determinação corretiva à Embratur, de modo que, em seus futuros contratos, altere suas ordens de serviço, incluindo todos os campos definidos no art. 15 da IN-SLTI/MP nº 2, de 2008, em especial os referentes ao detalhamento do grau de qualidade exigido em relação aos serviços e na prévia estimativa da quantidade de horas, justificando quando não for possível ou necessária a inclusão de algum desses campos. O Plenário, nos termos do voto do relator, manifestou sua anuência. *Acórdão n.º 608/2011-Plenário, TC-020.598/2010-6, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 16.03.2011.*

*Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br*