

Sessões: 12 e 13 de abril 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**

Na dispensa de licitação amparada no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 podem ser utilizados projetos básicos que não contemplem todos os elementos previstos no art. 6º, inc. IX da mesma norma, sendo que a contratação direta deve estar restrita somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados

Não deve ser restringido o direito de recurso aos participantes em processos licitatórios

A revogação de processo licitatório é condicionada à ocorrência de fato superveniente, devidamente comprovado, que justifique tal medida

Licitação na modalidade pregão:

- 1 – A exigência de atestado de capacidade técnica deve ser justificável em razão do objeto licitado;
- 2 – A ausência da composição unitária do orçamento-base gera insegurança quanto à confiabilidade do preço de referência, razão pela qual, apesar de não ser elemento obrigatório do edital, deve estar compulsoriamente inserido no processo relativo ao certame

Primeira Câmara

A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se à toda Administração Pública

PLENÁRIO

Na dispensa de licitação amparada no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/1993 podem ser utilizados projetos básicos que não contemplem todos os elementos previstos no art. 6º, inc. IX da mesma norma, sendo que a contratação direta deve estar restrita somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados

Por intermédio de embargos de declaração, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), manifestou seu inconformismo em face do Acórdão nº 614/2010, do Plenário, no qual se apreciou pedido de reexame interposto contra o Acórdão nº 1644/2008-Plenário, que, por sua vez, concedeu parcial provimento ao recurso, dando a seguinte redação ao item da deliberação originária: “1.6. *determinar ao DNIT que, mesmo em obras emergenciais, providencie projeto básico com todos os elementos do art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93, em obediência ao art. 7º, § 2º, inciso II, e 9º, da Lei nº 8.666/1993, sob pena anulação dos contratos com base no § 6º do mesmo artigo, ressaltando, para o caso de obras emergenciais de baixa complexidade executiva, em caráter excepcional, a possibilidade de substituição do projeto básico por planilha estimativa, desde que esta se encontre devidamente fundamentada em relatório técnico*”. Na presente etapa processual, o DNIT, ao buscar o esclarecimento da decisão embargada, argumentou que a elaboração do projeto básico previamente ao início de obras emergenciais seria algo inconveniente e temerário, sob a ótica do interesse público, e que nem sempre poderia se aguardar tal providência. Situações dessa natureza, emergenciais, poderiam acontecer mesmo em caso de obras que não se limitassem a uma menor complexidade, única situação que restou excepcionada na determinação contida no item 1.6 do Acórdão nº 1644/2008-Plenário, com a redação conferida pelo Acórdão nº 614/2010-Plenário. Para o relator, de fato, “*várias situações emergenciais podem reclamar obras mais complexas, em que a prévia concepção do projeto básico não poderia ser exigida*”. Assim, por um lado, em conformidade com os questionamentos de ordem prática do DNIT, em casos de emergência, seria aceitável se admitir o início das obras, de maneira justificada, antes da conclusão do projeto básico, o qual deveria ser concluído com a maior brevidade possível. Poder-se-ia, em consequência, admitir que o projeto básico fosse elaborado concomitantemente

com a obra. Por outro lado, entendeu o relator que, “*em certas situações devidamente justificadas, também pode ser permitida a simplificação do projeto básico*”, pois “*não seria razoável exigir a presença de todos os elementos que definem um projeto básico elaborado em situações normais, podendo, portanto, existir casos em que alguns de seus aspectos possam não ser atendidos*”. Aditou, ainda, pela necessidade de se integrar o julgado anterior por meio dos presentes embargos, de modo a deixar claro que, em atendimento ao inciso IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, “*a contratação direta deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal, baseada em projeto básico dotado, inexoravelmente, de todos os elementos do art. 6º, inc. IX da Lei nº 8.666/1993*”. Votou, então, por que se atribuísse nova redação ao item 1.6 do Acórdão n.º 1644/2008 – Plenário, para que o mesmo contemplasse todas as análises procedidas nesta etapa do processo, no que foi acompanhado pelos demais membros do Plenário. **Acórdão n.º 943/2011-Plenário, TC-007.965/2008-1, rel. Min. Valmir Campelo, 13.04.2011.**

Não deve ser restringido o direito de recurso aos participantes em processos licitatórios

Em sede de processo de representação, o Tribunal apurou potenciais irregularidades em licitação referente ao Programa Nacional do Livro Didático – (PNLD/2013), cujo objeto consistiu na convocação de editores para o processo de inscrição e avaliação de obras didáticas destinadas aos alunos e professores dos anos iniciais do ensino fundamental, registrados nas escolas públicas que integram os sistemas de educação federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, participantes do PNLD. Dentre tais irregularidades, constou a impossibilidade de interposição de recursos contra decisões proferidas nas fases de triagem e pré-análise das obras, em razão de determinação normativa nesse sentido (art. 18, § 3º, do Decreto nº 7.084/2010), o que poderia estar em contrariedade ao disposto no art. 109, inciso I, alínea “a”, da Lei 8.666/1993. Ao ser ouvido a esse respeito, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - (FNDE) informou que, em tais fases, seriam avaliados itens objetivos, de constatação imediata, que não estariam sujeitos a controvérsia, não se aplicando, portanto, o disposto no art. 109, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que prevê o cabimento de recurso no caso de inabilitação do licitante. O relator, entretanto, apesar de concordar com argumento fático pela objetividade das checagens nas etapas de triagem e pré-análise, entendeu que isto não poderia como obstáculo à transparência dos atos administrativos, e tampouco poderia ser restringido o direito de recurso aos participantes em processos licitatórios, “*uma vez que essa prática não se conforma com os princípios norteadores do processo administrativo*”. Além disso, ainda para o relator, a exclusão sumária de um licitante do certame, sem que se informe a este, imediatamente, as razões para tanto, também afrontaria princípios constitucionais, restringindo o direito de defesa, também de índole constitucional, inafastável aos participantes da licitação. Ao votar, o relator, enfatizando a relevância do PNLD para milhões de crianças matriculadas nas escolas públicas do País, entendeu que a melhor providência, no caso examinado, seria, em lugar de fixar prazo para alteração do edital em curso, expedir determinação às instituições públicas envolvidas que, nos próximos editais, insira a previsão de recurso também nas etapas de triagem e pré-análise, tendo o Plenário manifestado sua concordância. **Acórdão n.º 950/2011-Plenário, TC-033.271/2010-0, rel. Min. Ubiratan Aguiar, 13.04.2011.**

A revogação de processo licitatório é condicionada à ocorrência de fato superveniente, devidamente comprovado, que justifique tal medida

“*A licitação somente pode ser revogada por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado.*” Foi essa uma das conclusões a que chegou o TCU ao apreciar representação que lhe foi oferecida em razão da revogação parcial da Concorrência nº 031/2008, conduzida pela Eletrobras – Distribuição Piauí (Companhia Energética do Piauí – CEPISA), que visava à contratação de escritório de advocacia para a prestação de serviços jurídicos e a contratação, por dispensa de licitação, de pessoa jurídica para a prestação de parte dos serviços objeto da referida concorrência. No lote nº 2 do certame, destinado à contratação de serviços advocatícios nas áreas trabalhista e previdenciária, uma empresa restou inabilitada, em face de decisão judicial. Cerca de três meses depois da decisão judicial, tal empresa foi contratada por dispensa de licitação, em caráter emergencial. Em seguida, os dirigentes da Eletrobras teriam revogado a licitação, o que, ainda para a representante, seria contraditório, pois os serviços do lote 1 da Concorrência nº 031/2008 teriam sido contratados. Promovida a audiência dos gestores Eletrobras no Piauí, foi informado ao TCU que diversas razões teriam sido causa determinante para a revogação do lote 2 do certame licitatório examinado, tais como: a análise técnica baseada no tempo de advocacia em detrimento da avaliação da experiência do escritório no que tange as ações complexas; inconsistências técnicas encontradas no edital; as mudanças na estrutura corporativa da entidade, etc. Para o relator, todas as causas apontadas como motivo de

revogação da licitação não justificariam tal decisão, pois não consistiriam no que é exigido pela Lei 8.666/1993 para tanto: fato superveniente, devidamente comprovado (art. 49, Lei 8.666/1993). Ilegal, portanto, a revogação da Concorrência nº 031/2008, no modo de ver do relator. Além disso, para o relator, *“está cabalmente demonstrado nos autos o interesse da Eletrobras – Distribuição Piauí em contratar escritórios que prestem serviços advocatícios nas áreas trabalhista e previdenciária, tendo em vista as contratações emergenciais e a abertura da Concorrência 1/2011, todas com o mesmo objeto da licitação revogada”*. Por conseguinte, votou por que se fosse determinado à Eletrobras – Distribuição Piauí que tornasse insubsistente o ato que revogou a Concorrência 031/2008, Lote 2, por falta de amparo legal, sem prejuízo da adoção de outras medidas, com vistas à correção da situação examinada, no que foi acompanhado pelo Plenário. **Acórdão n.º 955/2011-Plenário, TC-001.223/2011-4, rel. Min. Raimundo Carreiro, 13.04.2011.**

Licitação na modalidade pregão: 1 – A exigência de atestado de capacidade técnica deve ser justificável em razão do objeto licitado

Representação noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 4/2011, conduzido pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.- (Valec), cujo objeto consistiu no fornecimento de quase 245 mil toneladas de trilhos UIC-60 a serem empregados na construção da EF-334 – Ferrovia de Integração Oeste-Leste (Fiol), no trecho de Ilhéus/BA a Barreiras/BA, e na extensão sul da EF-151 – Ferrovia Norte-Sul (FNS). Dentre tais irregularidades, constou a exigência editalícia de atestado de capacidade técnica relativo a fornecimento anterior de quantidades iguais ou superiores a 110.000 (cento e dez mil toneladas), correspondente a 44,97% do total da aquisição prevista, o que teria restringido a competitividade do certame. Ouvidos em audiência, a Valec e a empresa vencedora do certame alegaram que tal exigência seria admissível, uma vez que se situaria um pouco abaixo dos 50% que vem sendo considerado aceitável pela jurisprudência do TCU. Porém, para o relator, *“além de tais percentuais não poderem ser comparados de forma isolada, sem a análise de outros fatores, a exigência de atestado de fornecimento da referida quantidade – admitindo-se, inclusive, a soma de atestados – não encontra, a meu ver, qualquer respaldo técnico”*. Nesse quadro, citou outras oportunidades em que, em uma, a própria Valec estipulou a simples apresentação de atestado de fornecimento destes bens como requisito de qualificação, sem quantitativo mínimo, e, em outra, fixou a comprovação de execução anterior equivalente a apenas 20% do quantitativo pretendido. Em tais situações, para o relator, grandes somas também foram dispendidas pela contratante, o que tornaria pouco razoável o argumento de que, das outras vezes, os pregões eram de valores menores ou não representativos quando comparados com o pregão em análise. Assim, a exigência de qualificação impugnada seria inadmissível, e poderia, efetivamente, ter contribuído para a restrição indevida da competitividade do certame. Contudo, como, nesta etapa processual, a apreciação por parte do Tribunal ainda não ocorreria de forma conclusiva, votou o relator por que, primeiramente, os responsáveis fossem ouvidos em audiência, para que, ao fim, o Tribunal se pronunciasse quanto ao mérito da representação, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 2.088/2004, 784/2006, 2.656/2007, 2.297/2007, 2.215/2008, 2.625/2008, 717/2010 e 1.432/2010, todos do Plenário. **Acórdão nº 933/2011-Plenário, TC-004.513/2011-8, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 13.04.2011.**

Licitação na modalidade pregão: 2 – A ausência da composição unitária do orçamento-base gera insegurança quanto à confiabilidade do preço de referência, razão pela qual, apesar de não ser elemento obrigatório do edital, deve estar compulsoriamente inserido no processo relativo ao certame

Ainda na representação que noticiou ao Tribunal possíveis irregularidades no Pregão Presencial nº 4/2011, conduzido pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S.A.- (Valec), e cujo objeto consistiu no fornecimento de quase 245 mil toneladas de trilhos UIC-60 a serem empregados na construção da EF-334 – Ferrovia de Integração Oeste-Leste (Fiol), no trecho de Ilhéus/BA a Barreiras/BA, e na extensão sul da EF-151 – Ferrovia Norte-Sul (FNS), apurou-se a não composição dos custos unitários no orçamento-base no edital de referência, o que teria inibido a participação dos licitantes, em virtude da formação do preço não se apresentar de maneira transparente, resultando, ainda, em dificuldades no controle e aferição dos preços propostos. Em suas defesas, a Valec e a licitante vencedora do certame, apoiadas em julgados do Tribunal, afirmaram que, no caso de licitação na modalidade pregão, seria dispensada a apresentação da referida composição de preços, exigindo-se apenas o orçamento estimado em planilhas e o preço unitário. A unidade técnica, em análise a precedentes jurisprudenciais, identificou duas situações distintas. Na primeira delas, o Tribunal teria mantido o posicionamento de que, *“na modalidade pregão, o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários não constitui elemento obrigatório do edital, porém tal*

detalhamento deve estar obrigatoriamente inserido no processo relativo ao certame". Noutra oportunidade, a conclusão do TCU foi de que, "no caso concreto, a não apresentação do orçamento detalhado no edital foi compensada com a apresentação dos elementos necessários no processo administrativo que serviu de base ao certame". No caso do Pregão nº 4/2011, nenhuma das duas situações teria sido verificada, pois "não há no edital, tampouco no processo administrativo, o detalhamento do orçamento-base da Valec". Para o relator, "o fato é que a ausência da composição unitária detalhada para os serviços incluídos no objeto do pregão em exame (relacionados, por exemplo, com o transporte terrestre dos trilhos, o respectivo empilhamento, dentre outros) confere insegurança quanto à confiabilidade do preço de referência", concordando, portanto, com a unidade técnica quanto à irregularidade examinada. Contudo, como, nesta etapa processual, a apreciação por parte do Tribunal ainda não ocorreria de forma conclusiva, votou o relator por que, primeiramente, os responsáveis fossem ouvidos em audiência, para que, ao fim, o Tribunal se pronunciasse quanto ao mérito da representação, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdãos nºs 114/2007 e 517/2009, ambos do Plenário. **Acórdão nº 933/2011-Plenário, TC-004.513/2011-8, rel. Min-Subst. André Luís Carvalho, 13.04.2011.**

PRIMEIRA CÂMARA

A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se à toda Administração Pública

"A vedação à participação em licitações e à contratação de particular incurso na sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 estende-se a toda a Administração direta e indireta". Esse foi um dos entendimentos do Tribunal ao apreciar pedido de reexame interposto pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – (Infraero), contra o Acórdão nº 1.166/2010-TCU-1ª Câmara, o qual determinou que não fossem incluídas nos editais de licitação da empresa cláusulas impedindo a participação de interessados suspensos por ente distinto da Administração Pública e de empresas de cujo ato constitutivo façam parte diretores, sócios ou dirigentes que tenham participado de outra pessoa jurídica suspensa. Para o relator do feito, Ministro José Múcio, como o Tribunal entende que a sanção prevista no art. 87, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 restringe-se à entidade que a aplicou, não haveria razão para reforma da deliberação originária. Todavia, o Ministro-Revisor, Walton Alencar Rodrigues, dissentiu do encaminhamento proposto. Para ele, que fora, inclusive, relator da deliberação anterior, e que, na ocasião, defendeu tese idêntica à apresentada pelo relator do recurso em exame, caberia ao Tribunal rever seu posicionamento. Assim, "a proibição de contratação de particular que já revelou ser indigno de ser contratado pela Administração, descumprindo obrigações anteriormente pactuadas, como é o caso do particular punido com a sanção prevista no inciso III do art. 87, tem o nítido propósito de evitar fraudes e prejuízos ao erário". Por isso, citando julgado do Superior Tribunal de Justiça, destacou que o entendimento de que a suspensão imposta por um órgão administrativo, ou um ente federado, não se estende aos demais, não estaria em harmonia com o objetivo da Lei nº 8.666/93, de tornar o processo licitatório transparente e evitar prejuízos e fraudes ao erário, inclusive impondo sanções àqueles que adotarem comportamento impróprio ao contrato firmado ou mesmo ao procedimento de escolha de propostas. Portanto, a interpretação adequada quanto à punição prevista no inciso III do art. 87 da Lei 8.666/1993 seria pelo alcance para toda a Administração, não se restringindo aos órgãos ou entes que as aplicarem. A se pensar de outra maneira, seria possível que uma empresa, que já mantivera comportamento inadequado outrora, pudesse contratar novamente com a Administração durante o período em que estivesse suspensa, tornando a punição desprovida de sentido. Após o voto Ministro-Revisor Walton Alencar Rodrigues, o relator reajustou seu voto, para acompanhá-lo e considerar legal a inserção, pela Infraero, de cláusula editalícia impeditiva de participação daqueles incursos na sanção prevista no inciso III da Lei 8.666/1993, mesmo quando aplicada por outros órgãos ou entidades públicos, o que foi aprovado pelo colegiado. **Acórdão n.º 2218/2011-1ª Câmara, TC-025.430/2009-5, rel. Min. José Múcio, revisor Min. Walton Alencar Rodrigues, 12.04.2011.**