

Sessões: 24 e 25 de maio 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****Contratação de serviços:**

1 – Na formação dos preços constantes das planilhas de custos, devem ser observados os ganhos de escala em razão da quantidade demandada;

2 – Parecer jurídico em processo licitatório, exarado com fundamento no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente.

Aquisição de produtos hospitalares:

1 – A participação de parecerista técnico em fraude à licitação pode ensejar sua responsabilização;

2 – Compras, sempre que possível, devem ser planejadas com base nos registros de consumo dos materiais.

Contratação de serviços:

1 - A ocorrência de fraude comprovada à licitação sujeita as licitantes que a perpetraram efetivamente à declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública;

2 – A declaração de inidoneidade possui efeito ‘ex-nunc’, cabendo às entidades administrativas medidas com vistas à rescisão de contrato que possuam com a empresa julgada inidônea, caso entendam necessário. Contudo, no caso do certame que levou à aplicação da sanção, a instituição pública deve adotar as providências necessárias, com vistas à pronta rescisão do contrato decorrente.

PLENÁRIO**Contratação de serviços: 1 – Na formação dos preços constantes das planilhas de custos, devem ser observados os ganhos de escala em razão da quantidade demandada**

No âmbito da tomada de contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo - (MTur), relativa ao exercício de 2007, o TCU examinou o Pregão, para Registro de Preços, nº 22/2005, que teve por objetivo a contratação de solução de produção, gerenciamento e digitalização de documentos. Para o relator, a irregularidade verificada no certame, e no contrato dele decorrente, fora o pagamento de serviços à empresa contratada, com base em planilhas de custos com formação de preços, sem observância da economia de escala. Ao examinar a composição da proposta da empresa, o relator verificou que, das vinte e seis planilhas de custos com formação de preços por faixas de quantidades, relativas aos serviços de digitalização e impressão, dezoito obedeceram ao ganho de escala, ou seja, o preço unitário do serviço decrescia, na medida em que aumentasse a quantidade demandada. Para as demais, os preços unitários das planilhas de custos, além de não observarem ganho de escala, foram majorados de forma desproporcional e sem justificativa. Nesse quadro, considerou antieconômica a contratação, em face de a curva dos preços da proposta vencedora não ter seguido o padrão de uma reta decrescente, inversamente às faixas de crescentes quantidades demandadas, em uma “*incomum majoração de preços unitários para maiores quantidades, em sentido inverso ao esperado*”. Registrou, ainda, que houve clara e objetiva demonstração, mediante pesquisas realizadas pela unidade técnica, de que os preços cobrados pela vencedora do certame foram excessivos e, portanto, incompatíveis com os de mercado. Por conseguinte, votou pela irregularidade das contas do responsável envolvido, imputando-lhe, solidariamente com a empresa beneficiada, o débito decorrente da irregular execução do contrato que resultou do Pregão nº 22/2005, sem prejuízo de aplicar a eles multa, no que foi acompanhado pelo Plenário. *Acórdão n.º 1337/2011-Plenário, TC-018.887/2008-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011.*

Contratação de serviços: 2 – Parecer jurídico em processo licitatório, exarado com fundamento no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993, não constitui ato meramente opinativo e pode levar à responsabilização do emitente

Ainda na tomada de contas da Secretaria Executiva do Ministério do Turismo - (MTur), relativa ao exercício de 2007, o TCU analisou a contratação, por inexigibilidade de licitação, do Centro de Excelência em Turismo da Universidade Federal de Brasília – (CET/UnB), para prestação de serviços de gestão de documentos. Inicialmente, por entender ausente justificativa circunstanciada para comprovar a inviabilidade de competição, bem como por faltar pesquisa de preços, em desacordo com os arts. 25, *caput*, e 26, § único, inciso III, da Lei 8.666/1993, o Tribunal promoveu a audiência de diversos responsáveis pela aludida contratação direta, dentre eles, servidores da assessoria jurídica do órgão, que atuaram como pareceristas no processo. Ao cuidar da situação, o relator destacou a obrigatoriedade da emissão de tais pareceres, por força de lei (parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666, de 1993), não cabendo ao consultor jurídico esquivar-se de tal responsabilidade, por não ser tal ato meramente opinativo. Para o relator, *“da leitura do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/1993 (examinar e aprovar), combinada com a do art. 11 da Lei Complementar 73/1993 (examinar prévia e conclusivamente), depreende-se que, para prática dos atos nele especificados, o gestor depende de pronunciamento favorável da consultoria jurídica, revelando-se a aprovação verdadeiro ato administrativo. Sem ela, o ato ao qual adere é imperfeito”*. Dessa forma, *“ao examinar e aprovar (art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93), ou de outra forma, ao examinar prévia e conclusivamente (art. 11 da LC 73/93) os atos de licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado, não se podendo falar em parecer apenas opinativo”*. Todavia, por considerar que a irregularidade percebida não seria suficiente para macular a gestão das responsáveis da área jurídica da instituição, o relator votou pela regularidade, com ressalvas, das contas de tais agentes, sem prejuízo de expedir determinações corretivas para as futuras licitações a serem promovidas pelo MTur. Ao acolher o voto do relator, o Tribunal ementou o entendimento de que *“a emissão de pareceres técnico-jurídicos, no exercício das atribuições de procurador federal, que impliquem a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos (art. 38 da Lei 8.666/93), autoriza, em casos de expressa violação da lei, a responsabilização solidária do emissor, já que a manifestação do setor técnico fundamenta a decisão do administrador”*. Precedentes citados: Acórdãos nºs 462/2003 e 147/2006, ambos do Plenário. **Acórdão n.º 1337/2011-Plenário, TC-018.887/2008-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 25.05.2011.**

Aquisição de produtos hospitalares: 1 – A participação de parecerista técnico em fraude à licitação pode ensejar sua responsabilização

Mediante tomada de contas especial, o Tribunal apurou potencial sobrepreço em aquisições de próteses não constantes da tabela de órteses e próteses médicas do Sistema Único de Saúde – (SUS), realizadas pelo Hospital Cristo Redentor (HCR), integrante do Grupo Hospitalar Conceição. Para a unidade instrutiva, um dos responsáveis, Coordenador do Centro de Resultados em Traumatologia-Ortopedia, que emitira pareceres técnicos quanto às aquisições das próteses, fora fundamental para a perpetração dos prejuízos, com sua atuação, consistindo essa em dar, ou não, a depender do caso, parecer técnico em favor de determinadas empresas, de maneira à apenas legitimar aquisições que já tinham sido procedidas, em espécie de simulacro licitatório. Nesse quadro, a unidade técnica refutou o argumento de que, por conta da discricionariedade existente nos pareceres emitidos, o responsável não poderia ser alcançado pelo TCU. Para ela, a discricionariedade mencionada não serviria de ‘carta-branca’, a permitir ao parecerista agir do modo que bem entendesse. Ao tratar da questão, o relator entendeu que a atuação do Coordenador do Centro de Resultados em Traumatologia-Ortopedia fora determinante para o direcionamento dos processos licitatórios e para os prejuízos decorrentes. Quanto às empresas beneficiárias do esquema engendrado, destacou o relator que *“não se pode inferir o desconhecimento do caráter dissimulado das licitações de que participavam, mesmo porque já haviam fornecido os produtos a serem comprados”*. Restaria evidenciada, portanto, a atuação de tais empresas na fraude, com vistas à obtenção de vantagem indevida. Por conseguinte, votou por que fossem julgadas irregulares as contas do responsável em questão, condenando-o, solidariamente com as empresas beneficiárias, ao recolhimento do débito apurado, sem prejuízo da aplicação de multa a todos. Votou, ainda, pela declaração de inidoneidade das empresas participantes do esquema fraudulento. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua concordância. **Acórdão n.º 1380/2011-Plenário, TC-026.011/2008-4, rel. Min. José Múcio, 25.05.2011.**

Aquisição de produtos hospitalares: 2 – Compras, sempre que possível, devem ser planejadas com base nos registros de consumo dos materiais

Ainda na tomada de contas especial que apurou potencial sobrepreço em aquisições de próteses não constantes da tabela de órteses e próteses médicas do Sistema Único de Saúde – (SUS), realizadas pelo Hospital Cristo Redentor (HCR), o Tribunal enfrentou o argumento apresentado pelo responsável de que as aquisições não poderiam seguir os trâmites da legalidade, porque não se saberia, com antecedência, a espécie de material que seria necessário para atender as necessidades dos serviços de pronto-socorro do HCR. Na instrução, a unidade técnica consignou que acatar tal linha argumentativa implicaria concluir que qualquer material necessário a um serviço de atendimento emergencial à saúde não poderia se submeter às disposições da Lei de Licitações. Ainda segundo a unidade instrutiva, *“uma instituição dotada de mínima organização gerencial deveria possuir controles estatísticos de utilização dos materiais necessários à execução de suas atividades quotidianas, utilizando como referência, por exemplo, registros de consumo desses materiais ao longo de períodos de tempo determinados”*. Além disso, consoante a unidade técnica, *“mesmo para casos em que a previsão estatística e o controle de consumo e demanda efetivamente não fossem possíveis, e admitimos que devam ocorrer com razoável frequência na prática médica, especialmente em instituições hospitalares que pratiquem atendimento de pronto-socorro, como é o caso do Hospital Cristo Redentor, seria possível adotar procedimentos regrados pelo ordenamento (...) tais como o registro de preços”*. Considerando esta e outras irregularidades, o relator votou por que fossem julgadas irregulares as contas do responsável em questão, condenando-o, solidariamente com as empresas beneficiárias, ao recolhimento do débito apurado, sem prejuízo da aplicação de multa a todos. Votou, ainda, pela declaração de inidoneidade das empresas participantes do esquema fraudulento. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua concordância. *Acórdão n.º 1380/2011-Plenário, TC-026.011/2008-4, rel. Min. José Múcio, 25.05.2011.*

Contratação de serviços: 1 - A ocorrência de fraude comprovada à licitação sujeita as licitantes que a perpetraram efetivamente à declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública

Mediante representação, o Tribunal tratou de possíveis irregularidades na Concorrência 159/2009, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), cujo objeto, dividido em oito lotes, consistiu na contratação de empresas para execução dos serviços de reabilitação, manutenção, fornecimento e implantação de dispositivos de segurança do tipo defensas metálicas em rodovias federais, localizadas em todas as unidades da federação. A unidade técnica, ao examinar as propostas apresentadas pelas licitantes, verificou, no que se referiu ao lote 6 do certame, que as planilhas ‘quadro de preços unitários’ e ‘composição de preços unitários’ apresentadas por dois consórcios participantes da licitação teriam o mesmo teor, indicando possível conluio entre eles. Propôs, então, que fosse declarada a inidoneidade de todas as empresas integrantes de ambos os consórcios, no que contou com a aquiescência do Ministério Público junto ao TCU, o qual registrou, ainda, que, além da igualdade de preços das propostas, haveria também erros de grafia que se replicariam nas planilhas dos dois consórcios, o que não poderia ser atribuído a uma mera coincidência. O relator, todavia, divergiu da proposta. Segundo ele, apesar de descabida a justificativa apresentada pelos consórcios licitantes que atribuíram as proximidades em suas propostas à coincidência, considerou imprópria a declaração de inidoneidade das empresas integrantes dos consórcios, em vista de não se ter consumado, no resultado da concorrência, dano ao erário, restrição ao caráter competitivo do certame ou vantagem aos licitantes decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Todavia, o ministro-substituto, Weder de Oliveira, atuando como revisor, entendeu assistir razão às análises procedidas pela unidade técnica, pois *“o conjunto de fortes evidências materiais constante dos autos constitui prova do conluio perpetrado para frustrar o caráter competitivo do certame, pois as empresas envolvidas não concorreram, de fato, entre si. Concorreram combinadamente contra as demais licitantes”*. Verifica-se, na opinião do revisor, portanto, *“a ocorrência de fraude comprovada à licitação, sujeitando as licitantes que perpetraram a fraude à declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal”*. O ministro-revisor ponderou, contudo, que, quanto às empresas que deveriam ser declaradas inidôneas, deveriam ser punidas somente aquelas que, com base nos elementos integrantes dos autos, *“trabalharam pela consecução da ilegalidade, ou seja, aquelas que praticaram os atos formais que resultaram na fraude”*. Na espécie, ainda consoante o ministro-revisor, coube às empresas líderes dos consórcios a representação das demais em todas as fases do procedimento licitatório, o que levaria à responsabilização de tais empresas, bem como de outra empresa, cujo diretor fora constituído procurador de um dos consórcios. Quanto às demais empresas integrantes dos dois consórcios, não haveria nos autos elementos que permitissem afirmar se participaram ou mesmo se tinham conhecimento da fraude, razão pela qual votou pela declaração de inidoneidade apenas das

empresas comprovadamente envolvidas na fraude. O Plenário, por maioria, acolheu o voto-revisor. Precedentes citados: Acórdãos nºs 767/2005, 548/2007 e 2549/2008, todos do Plenário. **Acórdão n.º 1340/2011-Plenário, TC-029.352/2009-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, revisor Min.-Subst. Weder de Oliveira, 25.05.2011.**

Contratação de serviços: 2 – A declaração de inidoneidade possui efeito ‘ex-nunc’, cabendo às entidades administrativas medidas com vistas à rescisão de contrato que possuam com a empresa julgada inidônea, caso entendam necessário. Contudo, no caso do certame que levou à aplicação da sanção, a instituição pública deve adotar as providências necessárias, com vistas à pronta rescisão do contrato decorrente

Ainda na representação em que tratou de possíveis irregularidades na Concorrência 159/2009, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – (DNIT), o Tribunal cuidou da necessidade de rescisão do contrato oriundo do procedimento viciado. Com base na jurisprudência do Tribunal, o ministro-revisor ressaltou os efeitos **ex-nunc** da declaração de inidoneidade, a qual, portanto, não ensejaria a rescisão imediata de todos os contratos firmados entre as empresas sancionadas com a Administração Pública, pois tal medida nem sempre se mostraria solução mais vantajosa, uma vez que, “*dependendo da natureza dos serviços pactuados, que em algumas situações não podem sofrer solução de continuidade, não seria vantajoso para a administração rescindir contratos cuja execução estivesse adequada para celebrar contratos emergenciais, no geral mais onerosos e com nível de prestação de serviços diverso, qualitativamente, daquele que seria obtido no regular procedimento licitatório*”. De outro lado, caberia às próprias entidades contratantes da empresa tida por inidônea avaliar, no âmbito de suas autonomias, a necessidade de adoção de medidas administrativas com vistas a eventuais rescisões, caso julgadas necessárias, cumpridas as formalidades legais para tanto. Diferente, ainda conforme o ministro-revisor, a situação de contrato decorrente de certame impugnado, no qual se verificara a conduta que autorizaria a declaração de inidoneidade de uma empresa. Em tal caso, o ministro-revisor entendeu que o contrato deveria ser prontamente rescindido, razão pela qual votou por que o Tribunal assinasse prazo para que o DNIT adotasse as providências necessárias à rescisão do contrato firmado com o consórcio vencedor do lote 6 da Concorrência nº 159/2009, com relação ao qual fora detectada a fraude. O Plenário, por maioria, acolheu o voto-revisor. Precedentes citados: Acórdãos nºs 767/2005, 548/2007 e 2549/2008, todos do Plenário. **Acórdão n.º 1340/2011-Plenário, TC-029.352/2009-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, revisor Min.-Subst. Weder de Oliveira, 25.05.2011.**

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