

Sessões: 29 e 30 de novembro 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**

A ausência de projeto básico satisfatório, em licitação de obra pública, justifica o condicionamento do repasse de recursos federais para pagamento de despesas com a confecção do objeto a ser executado à anulação de procedimento licitatório viciado e do respectivo contrato.

É ilícita a inserção, em editais do DNIT, de autorização que permita a subcontratação do principal de objeto licitado, entendido essa parcela do objeto como o conjunto de itens para os quais foi exigida, como requisito de habilitação técnico-operacional, a apresentação de atestados que comprovem execução de serviço com características semelhantes.

A falta de parcelamento de objeto, em licitação preordenada à contratação de serviços de naturezas variadas (emissão, marcação, remarcação e fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais e terrestres, hospedagem e locação de meios de transportes, excesso de bagagem e seguro viagem), viola o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993, por restringir o caráter competitivo do certame.

A Anatel somente poderá utilizar-se do regramento sobre licitações contido na Lei Geral de Telecomunicações, quando implementar concessão, permissão ou autorização de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência.

É ilegal o estabelecimento de número mínimo de atestados de capacidade técnica, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo da licitação.

PLENÁRIO**A ausência de projeto básico satisfatório, em licitação de obra pública, justifica o condicionamento do repasse de recursos federais para pagamento de despesas com a confecção do objeto a ser executado à anulação de procedimento licitatório viciado e do respectivo contrato**

Levantamento de auditoria realizado pela Secob-3, no âmbito do Fiscobras 2010, apontou indícios de irregularidades em projetos, obras e serviços do sistema de coleta, tratamento e disposição final de esgoto sanitário do município de Porto Velho/RO, para o qual há previsão de aporte de recursos federais. O Tribunal, em face de diversas ocorrências, decidiu por meio do subitem 9.1 do Acórdão nº 2572/2010-Plenário, impedir, em caráter cautelar, a destinação de recursos federais para a obra até que deliberasse em definitivo sobre os indícios de irregularidades graves identificados no procedimento licitatório e no respectivo contrato: a) ausência (ou deficiência grave) do projeto básico que embasou as licitações; b) restrição à competitividade da licitação do objeto da obra; c) ausência de parcelamento do objeto licitado, embora técnica e economicamente recomendável; d) sobrepreço no orçamento e no contrato. A obra encontra-se em estágio inicial e está paralisada. Foram promovidas oitivas à Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral - SEPLAN do Governo do Estado de Rondônia e do Consórcio Cowan-Triunfo, os quais apresentaram justificativas acerca das citadas ocorrências. Destaca-se, nesta oportunidade, o exame empreendido pelo relator a respeito do aspecto mais essencial para o deslinde do feito: ausência (ou deficiência grave) de projeto básico. O Estado de Rondônia alegou, a esse respeito, que o projeto seria adequado e que as alterações nele empreendidas resultaram da necessidade de cumprir exigência do Ministério das Cidades. O consórcio contratado reiterou argumentos do governo local e acrescentou que os projetos haviam sido aprovados pelos órgãos repassadores de recursos. O relator, contudo, reiterou as ponderações contidas no voto condutor do já citado Acórdão nº 2.572/2010, também de sua lavra: “*De plano, resalto a gravidade da situação que envolve a obra, relativamente à ausência de projeto básico. Ou, mais grave ainda, a indefinição da própria concepção do sistema de coleta e tratamento do esgoto do município,*

fase anterior à elaboração do projeto básico. Indefinição que conduz a sérios questionamentos acerca da temerária iniciativa do Governo do Estado de Rondônia em realizar a licitação do empreendimento e de firmar contrato da ordem de R\$ 644.877.842,00, sem que esses elementos básicos estivessem concluídos”. Observou, com o intuito de ilustrar graves deficiências na definição dos contornos do objeto licitado que, entre a fase de pré-qualificação das licitantes e a realização da concorrência para a escolha da empresa com a melhor proposta, o valor do objeto foi majorado em 50,25%, passando de R\$ 398 milhões para R\$ 598 milhões. Trouxe à baila, também, pronunciamento do Ministério das Cidades, exarado por meio de nota técnica, segundo o qual: *“Conforme documentação técnica encaminhada para análise da SNSA conclui-se quanto ao Pacote Técnico de 1º e 2º Etapas que o escopo apresentado é insuficiente em relação ao definido na Lei nº 8.666/93, art. 6º incisos X Projeto Básico e XI Projeto Executivo, devendo ser complementado para o necessário enquadramento também quanto às Normas Técnicas Brasileiras e às especificações mínimas para apresentação de projeto de engenharia admitidas pelo SNSA do MCidades.”* – grifos do relator. Concluiu, por esses motivos, que não merecem prosperar as justificativas apresentadas pelo Estado de Rondônia, nem as oferecidas pelo consórcio contratado. O Plenário do Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: *“9.1. determinar à Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral - SEPLAN do Governo do Estado de Rondônia, ... que, caso tenha interesse em contar com o aporte de recursos federais para a obra de esgotamento sanitário do Município de Porto Venho: 9.1.1. adote as providências necessárias à anulação da Concorrência nº 042/2008/CPLO/SUPEL [pré-qualificação] e da Concorrência nº 009/2009/CPLO/SUPEL e, por consequência, do Contrato nº 083/PGE-2009, em atenção ao disposto no art. 6º, inciso IX; art. 7º, § 6º; e no art. 49, § 2º, todos da Lei 8.666/1993; 9.1.2. conclua o adequado projeto básico da obra, com todos os elementos exigidos na Lei nº 8.666/1993 e nas demais normas aplicáveis a projetos de esgotamento sanitário, submetendo-o à consideração dos órgãos federais repassadores; 9.1.3. realize novo procedimento licitatório escoimado dos vícios identificados no presente processo; 9.2. determinar ao Ministério das Cidades e à Caixa Econômica Federal, com fulcro no art. 43 da Lei 8.443/1992 e no art. 250 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, que condicionem a transferência de recursos federais destinados à execução das obras do sistema de esgotamento sanitário de Porto Velho/RO, seja no âmbito dos Contratos de Repasse nºs 226.561-68/2008 e 296.770-66/2009, seja no âmbito de qualquer outro contrato de repasse, termo de compromisso ou instrumento congênere que vier a ser firmado para a execução dessa obra, ao cumprimento, por parte do Governo do Estado de Rondônia, do disposto no item 9.1 e seus subitens, deste Acórdão;”.* **Acórdão nº 3131/2011-Plenário, TC- 009.360/2010-7, rel. Min. Valmir Campelo, 30.11.2011.**

É ilícita a inserção, em editais do DNIT, de autorização que permita a subcontratação do principal de objeto licitado, entendido essa parcela do objeto como o conjunto de itens para os quais foi exigida, como requisito de habilitação técnico-operacional, a apresentação de atestados que comprovem execução de serviço com características semelhantes

Representação formulada pela então Secretaria de Fiscalização de Obras - Secob acusou possíveis irregularidades no edital da Concorrência 294/2009, realizada pelo Departamento de Infraestrutura de Transportes – Dnit para contratação de obras de duplicação e restauração com melhoramento na rodovia BR-101/AL, trecho divisa PE/AL – divisa AL/SE, subtítulo entroncamento PE/AL (ponte sobre o rio Jacuípe) – entroncamento AL-220 (Barra de São Miguel dos Campos/AL), segmento km 0,00 – km 46,35. Entre as ocorrências identificadas, a unidade técnica apontou ambiguidade na disposição contida em edital padrão do Dnit segundo a qual é vedada a subcontratação *“do principal dos serviços”*. O relator assim sintetizou os questionamentos da Secob a respeito da referida expressão, que seria dúbia e prejudicaria a fiscalização das obras, pois: *“(a) não deixa claro se indica veto à subcontratação da totalidade de um serviço principal ou se parte desse serviço principal pode ser entregue a terceiros; e (b) pode referir-se tanto a parcela financeiramente relevante quanto a parcela tecnicamente complexa”*. Apesar de o DNIT, ter informado que providências seriam adotadas com o intuito de alterar tal dispositivo nos editais vindouros, a unidade técnica observou que isso não ocorreu. Ao reexaminar justificativas de dirigente do DNIT para tal omissão, o auditor aprofundou-se na matéria. Informou haver julgados do Tribunal que admitiram a subcontratação de parcela do objeto para qual foi exigida demonstração de qualificação técnica e outros que a consideraram ilícita. Posicionou-se, em seguida: *“é possível que a Administração entenda que determinado serviço constitui parcela de alta relevância técnica e valor significativo, exigindo das licitantes comprovação de experiência, e eventualmente autorize a futura contrata a subcontratar esse serviço*. Concluiu, entretanto, que *“não é aplicável a exigência de comprovação, por parte de eventuais subcontratadas, da mesma qualificação técnica exigida no edital para habilitação das licitantes”*. O secretário substituto da unidade

técnica, ao dissentir do exame empreendido pelo auditor, ponderou que parcela relevante do objeto não pode ter sua execução subcontratada, sob pena de comprometer a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração de que trata o art. 3º da Lei 8.666/93. Propôs, então, a expedição de determinação ao DNIT, com o objetivo de que não inclua em seus editais cláusula que permita a subcontratação do principal do objeto, “*esse entendido como os itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, fora exigida a apresentação de atestados que comprovem a execução de serviços com características semelhantes*”. O relator, ao aliar-se ao entendimento do Sr. Secretário, observou que “*A licitação se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração. E a proposta mais vantajosa não é apenas a de menor preço, mas igualmente a que contempla a técnica adequada e a execução por empresa apta para tanto (...). Para assegurar a boa execução do objeto, é exigida do futuro contratado a demonstração de capacidade financeira e sua capacidade técnico-profissional e técnico-operacional, de forma a comprovar sua aptidão mediante desempenho de tarefas semelhantes*”. E mais: “*Tal comprovação de aptidão, obviamente, está relacionada às frações tecnicamente complexas e financeiramente relevantes do objeto, sob pena de serem absolutamente descabidas as exigências de habilitação*”. E concluiu: “*Assim, não faria sentido admitir que tais parcelas cruciais do objeto, para cuja execução foi selecionado o licitante mais apto, fossem posteriormente transferidas a terceiro por este escolhido (...)*”. O Tribunal, então, ao acatar proposta de encaminhamento do relator, decidiu “*9.8. determinar ao Dnit que: 9.8.1. não inclua, em seu edital padrão, cláusula que permita subcontratação do principal do objeto, entendido este como o conjunto de itens para os quais, como requisito de habilitação técnico-operacional, foi exigida apresentação de atestados que comprovassem execução de serviço com características semelhantes;*”. **Acórdão n.º 3144/2011-Plenário, TC-015.058/2009-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 30.11.2011.**

A falta de parcelamento de objeto, em licitação preordenada à contratação de serviços de naturezas variadas (emissão, marcação, remarcação e fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais e terrestres, hospedagem e locação de meios de transportes, excesso de bagagem e seguro viagem) viola o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993, por restringir o caráter competitivo do certame

Representação formulada por empresa, com base no comando contido no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, com pedido de medida cautelar, apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Eletrônico nº 19/2011 promovido pela Fundação Universidade de Brasília (FUB), com a finalidade de promover a “*contratação de empresa especializada para prestação, de forma contínua, dos serviços de reserva, emissão, marcação, remarcação e fornecimento de passagens aéreas nacionais e internacionais e terrestres, hospedagem e locação de meios de transportes, excesso de bagagem e seguro viagem*”. A representante acusou como indevida a ausência de divisão do objeto da licitação em parcelas, nos moldes estabelecidos no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/1993. Promoveu-se, então, oitiva da FUB. O relator do feito, ao examinar os elementos apresentados pela citada Fundação, reproduziu os termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual: “*Art. 23. (...) § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.*” - grifos do relator. Ponderou, então, que a jurisprudência do TCU aponta no sentido de que a conclusão de haver inviabilidade técnica ou econômica de parcelamento do objeto deve ser demonstrada. Reproduziu, em seguida, assertiva da unidade técnica no sentido de que “*a opção pela não divisão do objeto licitado, por se tratar de exceção, deve ser precedida de estudo técnico que comprove a inviabilidade técnica e econômica da divisão do objeto em parcelas (Acórdãos 839/2009-TCU-Plenário e 3.041/2008-TCU-Plenário). Entretanto, não há nos autos comprovação de que esse estudo foi realizado, embora tal documento tenha sido solicitado em diligência*”, Acrescentou o relator, quanto ao cerne da questão sob exame, que “*a inclusão, em lote único, dos serviços de transporte terrestre e aéreo (reserva, emissão de bilhetes, marcação, remarcação, fornecimento de passagens, excesso de bagagens e seguro viagem), de hospedagem e de locação de meios de transporte, com licitação do tipo menor preço global por lote, poderá excluir do certame empresas com potencial de prestar apenas um ou dois desses serviços com proposta mais vantajosa para a Administração*”. Por esses motivos, ao endossar proposta do relator, o Plenário decidiu determinar à FUB que: “*9.2 ... adote, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação, as providências necessárias à anulação do Pregão Eletrônico nº 19/2011, encaminhando ao Tribunal, no mesmo prazo, documentação que comprove o cumprimento desta determinação;*” e “*9.3. ... caso decida promover novo procedimento licitatório, adote providências no sentido de realizar prévias avaliações técnica e econômica quanto ao parcelamento do objeto do certame,*

antes de autorizá-lo ou descartá-lo, fazendo constar do respectivo processo os documentos comprobatórios dessa condição, nos termos do art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93;”. Acórdão n.º 3155/2011-Plenário, TC-021.007/2011-0, rel. Min. José Jorge, 30.11.2011.

A Anatel somente poderá utilizar-se do regramento sobre licitações contido na Lei Geral de Telecomunicações, quando implementar concessão, permissão ou autorização de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência

Em sede da prestação de contas da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL do exercício de 2008, o relator do feito avaliou a legalidade do processo licitatório denominado Consulta nº 03/2008, que culminou na contratação da empresa Guerreiro Consult (Contrato SPB nº 36/2008-Anatel) para “prestação de serviços especializados de consultoria para suporte às atividades de mapeamento da situação atual da exploração dos serviços de telecomunicações, perspectivas para o setor de telecomunicações, no período de 2010 a 2015, e de proposição de metas e condicionamento aplicáveis aos serviços explorados em Regime Público”. Ao examinar a matéria, observou que o parágrafo único do art. 54 da Lei nº 9.472/97 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT) – criou duas novas modalidades de licitação: “Art. 54. A contratação de **obras e serviços de engenharia civil** está sujeita ao **procedimento das licitações previsto em lei geral** para a Administração Pública. Parágrafo único. Para os **casos não previstos no caput**, a Agência poderá utilizar **procedimentos próprios** de contratação, nas **modalidades de consulta e pregão**.” – grifos do relator. E mais: “Os arts. 55 a 58 da LGT disciplinaram os procedimentos a serem observados quando da utilização dessas duas modalidades licitatórias, ressaltando-se que elas somente poderiam ser utilizadas em certames destinados à contratação de bens e serviços (exceto de engenharia), haja vista que o caput do dispositivo legal transcrito acima remete os casos de obras e serviços de engenharia à égide da Lei nº 8.666/93”. Acrescentou: “O STF prolatou decisão, por maioria de votos, em sede liminar, no sentido de dar ao art. 22, II, da LGT (‘Art. 22. Compete ao Conselho Diretor: (...) II - aprovar normas próprias de licitação e contratação;’) interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, fixando a exegese segundo a qual “a competência do Conselho Diretor da Anatel fica submetida às normas gerais e específicas de licitação e contratação previstas nas respectivas leis de regência”. Lembrou o relator também que o Tribunal, ao guiar-se pelo comando contido no art. 22, XXVII, da CF/1988, por considerar que a LGT não é norma geral de licitações e contratos e também que a Lei nº 10.520/2002 é a norma geral que disciplina o pregão para a contratação de bens e serviços comuns, por meio do Acórdão nº 2753/2011-Plenário, decidiu “dar ciência à Anatel de que esta se encontra sujeita, no tocante à contratação de bens e serviços comuns, à Lei nº 10.520/2002 e ao Decreto Federal nº 5.450/2005” (subitem 9.3 do Acórdão nº 2753/2011-Plenário)”. De forma análoga, para contratação de objetos não caracterizados como comuns, anotou que deve incidir a regulação da Lei nº 8.666/93, que é norma geral de licitações e contratos, “não havendo mais como prosperar, depois da decisão liminar do STF na ADIn nº 1668-DF, a interpretação literal do art. 54, caput e parágrafo único, da Lei nº 9.472/97, segundo a qual a lei de regência para a aquisição de bens e serviços (exceto de engenharia) pela Anatel é a LGT”. Em seguida, valeu-se do caso concreto sob exame (Consulta nº 03/2008) para demonstrar que o Regulamento de Contratações da Anatel não está em perfeita consonância com a Lei nº 8.666/93. Destacou trechos da instrução técnica para demonstrar sua assertiva: “... o **Regulamento de Contratações da Anatel não define os critérios de pontuação das propostas técnicas apresentadas em licitações sob a modalidade consulta ...**” e também que “**nada dispõe quanto aos critérios de julgamento das propostas técnicas**”. Ao final, após transcrever o comando contido no art. 210 da LGT (“Art. 210. As concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e suas alterações”) anotou que, somente em relação às licitações destinadas às concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência, “... pode o Conselho Diretor da Anatel submeter-se à própria Lei nº 9.472/97 para o exercício de sua competência fixada pelo art. 22, II, da LGT”. O Tribunal, em face desse panorama fático e normativo, decidiu: “9.2. dar ciência à Anatel de que: (...) 9.2.5. a Anatel encontra-se subordinada à Lei nº 8.666/93 para a contratação de objetos não caracterizados como comuns, não enquadráveis, portanto, no regime jurídico da Lei nº 10.520/2002;”. Acórdão n.º 3151/2011-Plenário, TC-015.071/2009-2, rel. Min. José Jorge, 30.11.2011.

É ilegal o estabelecimento de número mínimo de atestados de capacidade técnica, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo da licitação

Representação com pedido de medida cautelar, apontou supostas irregularidades na condução do Pregão Presencial 02/2011, promovido pelo Conselho Regional de Técnicos em Radiologia da 5ª Região, em São Paulo, com o objetivo de viabilizar a contratação de empresa para fornecimento de mão de obra (dois auxiliares de serviços gerais). A unidade técnica, ao debruçar-se sobre a representação, questionou a seguinte exigência, contida no edital do certame, *“III - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA: Apresentar, no mínimo, 02 (dois) atestados de capacidade técnica, emitidos por órgão da administração pública ou por empresa privada, para os quais a proponente tenha fornecido mão de obra terceirizada semelhantes ao objeto desta licitação, devendo estar expressos nos atestados o nome e o cargo da pessoa signatária”*. O relator do feito, em linha de consonância com a unidade técnica, registrou que tal exigência *“não encontra respaldo legal, havendo jurisprudência assentada a respeito”*. Transcreveu, em seguida, trechos de recente julgado do Plenário, Acórdão n. 1.948/2011, em que o Tribunal enfrentou situação similar : *“... a exigência de mais de um atestado de capacidade técnica (mínimo dois), fornecidos por empresas diferentes, restringe a competitividade do certame, violando o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que, nos processos de licitação pública, somente serão admitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações que serão contratadas.11. Sobre o assunto, o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, no Voto condutor do Acórdão n. 1.937/2003 - Plenário, trouxe à baila considerações pertinentes, conforme transcrevo a seguir: Nesse contexto, o estabelecimento de uma quantidade mínima e/ou certa de atestados fere o preceito constitucional da isonomia porque desigualdade injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Como dizer que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois?”*. A despeito de concluir pela ilicitude dessa exigência e também pela existência outras falhas no certame, anotou que delas não resultou restrição ao caráter competitivo da licitação. Acrescentou que o valor obtido, ao final dos lances, representou redução de 24,4% em relação ao valor orçado. O Plenário, então, decidiu determinar ao Conselho Regional de Técnicos em Radiologia – 5ª Região que: *“9.2.1.1. com fulcro nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal c/c o art. 3º da Lei n. 8.666/1993, abstenha-se de estabelecer número mínimo de atestados de capacidade técnica, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo administrativo da licitação, consoante jurisprudência deste TCU, a exemplo dos Acórdãos ns. 3.157/2004 – 1ª Câmara, 124/2002, 1.341/2006, 2.143/2007, 1.557/2009 e 534/2011, todos do Plenário;” Acórdão n.º 3170 /2011-Plenário, TC-028.274/2011-3, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 30.11.2011.*

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