

**Número 237****Sessões: 7 e 8 de abril de 2015**

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, dos aspectos relevantes que envolvem o tema. 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. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

**SUMÁRIO****Plenário**

1. Os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem autuar processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação, na contratação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/02, sob pena de responsabilização.
2. A aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, estados, Distrito Federal ou municípios, em face de irregularidade elencada no art. 7º da Lei 10.520/02, não depende da comprovação de dolo ou má-fé. Requer tão somente a evidenciação da prática injustificada de ato ilegal tipificado nesse dispositivo legal.
3. Em licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens.

**PLENÁRIO****1. Os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem autuar processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação, na contratação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/02, sob pena de responsabilização.**

Auditoria realizada na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (SLTI/MP), tendo por objeto pregões eletrônicos lançados entre 2009 e 2012 (Comprasnet), apontara, dentre outros achados, a ocorrência de “empresas com sócios em comum que apresentam propostas para o mesmo item de determinada licitação” e a “existência de licitantes reiteradamente desclassificados por não atenderem aos editais ou não honrarem suas propostas”, sinalizando possível enquadramento nas condutas irregulares tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/02 (Lei do Pregão). Diante dos fatos, determinou a relatora a realização das oitavas e audiências sugeridas pela unidade instrutiva, em especial de agentes públicos (pregoeiros e responsáveis pela homologação dos certames) “envolvidos em pregões em que se observou elevado número de ocorrências tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002 sem que tivesse havido a autuação de procedimento administrativo com vistas à aplicação das sanções previstas no aludido dispositivo legal”. Realizado o contraditório, o argumento principal de defesa consistiu na “afirmação de que, na grande maioria das ocorrências verificadas, o que ocorreu foi desistência do licitante, não apresentação de documentos ou inabilitação, e aquelas sanções só seriam aplicáveis ao adjudicatário após homologação do certame”. A relatora, contudo, pontuou que “a interpretação de que as sanções previstas no art. 7º aplicam-se em qualquer fase do certame é a que melhor se coaduna com a jurisprudência deste Tribunal. Ademais, a leitura mais restritiva desse dispositivo não coibiria práticas perniciosas frequentemente observadas nos pregões eletrônicos, tais como a denominada ‘coelho’, assim descrita no relatório precedente: ‘A ação dessas empresas consiste em apresentar proposta excessivamente baixa em um processo licitatório

*para que outras empresas desistam de competir, por acreditarem que o outro concorrente teria um preço que não lhes permitiriam prosseguir na disputa. Na sequência, uma empresa que esteja em conluio com o ‘coelho’ oferece o segundo melhor lance e, com a desclassificação intencional da primeira, acaba sendo contratada por um valor que possivelmente poderia ser superior àquele que seria obtido sem a influência do ‘coelho’*”. Embora ponderando a existência, no caso concreto, de atenuantes na ação dos responsáveis (razoabilidade da interpretação da norma), bem como lacunas na jurisprudência do TCU sobre o alcance da penalidade de que trata o art. 7º da Lei 10.520/02 (se abrangeria ou não todas as fases da licitação), observou a relatora que o cenário recomendava a atuação pedagógica do TCU, no sentido de “*determinar à SLTI/MP e às unidades congêneres das demais esferas de governo que expeçam orientação às suas unidades vinculadas quanto à abrangência do art. 7º da Lei 10.520/2002*”, bem como sobre a necessidade da instauração de processo administrativo com vistas a apenar licitantes que incorrerem nas condutas irregulares ali tipificadas. Ponderou, contudo, que a atuação de procedimento administrativo deve ser pautada por racionalidade administrativa, evitando-se atuações quando existir “*justificativa plausível para o suposto comportamento condenável*”. Face ao que expôs a relatoria, o Plenário, além de declarar a inidoneidade de duas empresas para participar de licitações na esfera federal, expediu, dentre outros comandos, determinação a unidades da Administração Pública Federal dos três poderes para que (i) “*9.5.1. orientem os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações, inclusive os dos órgãos sob seu controle de atuação administrativa e financeira, para que autuem processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002 e alertem-nos de que tal dispositivo tem caráter abrangente e abarca condutas relacionadas não apenas à contratação em si, mas também ao procedimento licitatório e à execução da avença;*” e (ii) “*9.5.2. divulguem que estão sujeitos a sanções os responsáveis por licitações que não observarem a orientação do item 9.5.1 deste acórdão*”. **Acórdão 754/2015-Plenário, TC 015.239/2012-8, relatora Ministra Ana Arraes, 8.4.2015.**

## **2. A aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, estados, Distrito Federal ou municípios, em face de irregularidade elencada no art. 7º da Lei 10.520/02, não depende da comprovação de dolo ou má-fé. Requer tão somente a evidenciação da prática injustificada de ato ilegal tipificado nesse dispositivo legal.**

Ainda na Auditoria realizada nos pregões eletrônicos lançados entre 2009 e 2012 por meio do Comprasnet, a relatora, a par das irregularidades praticadas pelos licitantes, discorreu sobre as possibilidades de aplicação da sanção prevista no art. 7º da Lei 10.520/02 (impedimento para licitar e contratar com a União, estados, Distrito Federal ou municípios) em perspectiva com aquela assentada no art. 46 da Lei 8.443/92 (inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitação na Administração Pública Federal). Em apoio, fez transcrever excerto da análise realizada pela unidade especializada, da qual se destacam as seguintes assertivas: (i) “*a atuação deste Tribunal, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/1992, tem natureza distinta daquela decorrente do art. 7º da Lei 10.520/2002, de competência das unidades promotoras dos pregões*”; (ii) “*a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pela unidade gestora responsável pelo pregão, em face de irregularidade elencada no art. 7º da Lei 10.520/2002, requer tão somente a conduta culposa do licitante*”; (iii) “*a declaração de inidoneidade do licitante para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo TCU, com fulcro na sua Lei Orgânica, depende de comprovação de fraude à licitação*”; (iv) “*deve ser considerado fraude à licitação o comportamento de licitante que, sem motivos escusáveis, incide repetidamente, ao longo do tempo, nos mesmos tipos de irregularidades tipificadas no art. 7º da Lei 10.520/2002. No caso, o elemento doloso configura-se pela repetição deliberada e consciente da conduta prejudicial aos certames e, portanto, ilícita, segundo preconiza a Lei do Pregão*”. Assim, concluiu a relatora que “*não há dúvidas de que a aplicação da sanção de inidoneidade de que trata o art. 7º da Lei 10.520/2002 independe da comprovação de dolo ou má-fé por parte do licitante. Basta que se incorra, sem justificativa, numa das condutas ali consignadas para que seja aplicada a pena*”. Já no que respeita à aplicação do art. 46 da Lei 8.443/92, prosseguiu, “*a comprovação da fraude é essencial, para o que se faz necessária a constatação de dolo ou má-fé*”. Noutro giro, abrindo divergência com a unidade instrutiva, ponderou a relatora que, para a maioria dos pregões examinados, “*não se pode concluir pela existência do dolo pela simples repetição do fato, ao menos num caso como o aqui tratado*”, afastando assim, para esses casos, a hipótese de declaração de inidoneidade pelo Tribunal, com arrimo no art. 46 da Lei 8.443/92. Contudo, acrescentou que “*a simples incidência injustificada numa das condutas previstas no art. 7º da Lei 10.520/2002 permitiria ao órgão licitante, após o trâmite do devido processo administrativo, declarar a inidoneidade [impedimento] da empresa infratora, independentemente da comprovação da fraude*”. Ao revés, diante de condutas comprovadamente fraudulentas detectadas no comportamento de duas empresas participantes de um pregão realizado no exercício de 2011 pelo Laboratório Nacional Agropecuário no Rio Grande do Sul, nos quais fora utilizada a técnica do “coelho”, entendeu a relatora presentes os requisitos

para a sanção das licitantes fraudadoras com espeque no art. 46 da Lei 8.443/92. Assim, o Plenário, dentre outras medidas, declarou a inidoneidade dessas empresas para participar de licitações na Administração Pública Federal pelo período de dois anos. **Acórdão 754/2015-Plenário, TC 015.239/2012-8, relator Ministra Ana Arraes, 8.4.2015.**

**3. Em licitações para registro de preços, é obrigatória a adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas. A adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser incompatível com a aquisição futura por itens.**

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico realizado pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha (IFFarroupilha), destinado ao registro de preços de mobiliário para escritório, mediante adjudicação por lotes de itens. Em síntese, fora questionada a rejeição sumária da intenção de recurso de uma das licitantes e a ausência de justificativa detalhada para o quantitativo de itens licitados. Analisando o último aspecto, após a suspensão cautelar do certame e a realização das oitavas regimentais, o relator assentiu às conclusões da unidade instrutiva no sentido de considerar regular os quantitativos previstos no edital, tendo em vista sua similaridade com os itens requeridos pelas unidades do instituto. Sobre o assunto, ressaltou que *“em processos de controle externo envolvendo pregões para registro de preços devem ser sempre avaliados os aspectos relativos ao planejamento, como o procedimento de IRP [intenção de registro de preços], aplicável a partir da vigência do Decreto 7.892/2013, e à estimativa das quantidades a serem adquiridas, devidamente justificada e baseada em estudos técnicos preliminares e elementos objetivos - Acórdãos 1.100/2008, 392/2011 e 3.137/2014, do Plenário, 612/2004 e 559/2009, da 1ª Câmara, e 1.720 e 4.411/2010, da 2ª Câmara -, haja vista a possibilidade de alimentação indevida, por vezes até mesmo despropositada, do pernicioso ‘mercado de atas’”*. Além disso, prosseguiu, deve o controle externo aferir sistematicamente a aplicação de outros dispositivos legais e regulamentadores do sistema de registro de preços, como, por exemplo, a adoção em regra da adjudicação por item (adjudicação por preço global é medida excepcional que precisa ser devidamente justificada), e explicitação das hipóteses autorizadoras para a adoção do sistema de registro de preços (inclusive quanto ao atendimento a vários órgãos). Nesse passo, acolhendo a proposta do relator, o Plenário julgou parcialmente procedente a Representação, revogando a cautelar concedida – haja vista que o jurisdicionado desconstituiu o ato irregular (rejeição sumária da intenção de recurso) e reabriu prazo para registro dos recursos – e expediu determinação à Secretaria-Geral de Controle Externo do TCU para que oriente suas unidades sobre a necessidade de avaliar, em processos envolvendo pregões para registro de preços, dentre outros aspectos, a *“obrigatoriedade da adjudicação por item como regra geral, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes e a seleção das propostas mais vantajosas, sendo a adjudicação por preço global medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de incompatível com a aquisição futura por itens”*. **Acórdão 757/2015-Plenário, TC 021.893/2014-4, relator Ministro Bruno Dantas, 8.4.2015.**

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