

**Número 168****Sessões: 10 e 11 de setembro de 2013**

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. Não compete ao TCU atuar na defesa de interesses privados do licitante junto à administração contratante, sob pena de representar avanço indevido nas atribuições que são próprias do órgão ou da entidade pública ou do Poder Judiciário.
2. Na licitação de serviços de natureza continuada é factível fixar as seguintes exigências de qualificação técnico-operacional: (i) para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado de execução de contrato com mínimo de 20 postos e, para contratação de mais de 40 postos, atestado com mínimo de 50% dos postos; e (ii) atestado de execução de serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período igual ou superior a 3 anos.
3. Os itens do orçamento do contrato devem ser detalhados adequadamente, sendo irregular a previsão ou inclusão de itens que caracterizem cláusulas indeterminadas, que prevejam pagamentos para despesas extraordinárias, imprevistas ou gerais, independentemente se a contratação ocorrerá por preço global ou unitário.
4. O pagamento de salários inferiores aos constantes da proposta somente configura descumprimento contratual caso exista cláusula expressa no edital e no contrato exigindo a identidade entre esses valores.
5. A realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório independe de previsão em edital, uma vez que a Lei 8.666/93 não impõe tal exigência.
6. É irregular o uso da modalidade pregão para a licitação de obra, que, nos termos da Lei 8.666/93, é toda “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação”, independentemente dos materiais nela empregados ou de eventual mobilidade do objeto a ser executado.

PLENÁRIO**1. Não compete ao TCU atuar na defesa de interesses privados do licitante junto à administração contratante, sob pena de representar avanço indevido nas atribuições que são próprias do órgão ou da entidade pública ou do Poder Judiciário.**

Representação sobre pregão eletrônico realizado pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), para aquisição de embarcações para transporte escolar, apontara pretensa irregularidade na inabilitação de empresa no certame. Sinteticamente, a representante defendeu que, “*apesar de ter se sagrado vencedora do grupo II, itens 3 e 4 do pregão, haveria falha de interpretação do dispositivo legal utilizado para recusa de sua proposta para esse lote, ao inabilitá-la com base no art. 9º, III, da Lei 8.666/1993*”. A inabilitação decorreria de entendimento do FNDE de que a condição de um dos sócios da empresa inabilitada – como professor de instituição federal de ensino contratada pelo FNDE para a avaliação, inspeção e controle da qualidade dos protótipos das lanchas ofertadas pelos licitantes – reclamaria a incidência do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/93, que estabelece vedação à participação na licitação de servidor que integre o quadro funcional do contratante ou do responsável pelo processo licitatório. Em juízo de mérito, após tecer

considerações acerca da aplicabilidade desse comando legal ao caso concreto, o relator consignou não perceber o atendimento pleno dos requisitos regimentais para a admissibilidade da representação *"em face da consolidada jurisprudência do Tribunal, no sentido de que refoge ao rol de competências do TCU atuar na defesa de interesses particulares junto à administração pública"*. Destacou não verificar, na espécie, *"situação de potencial prejuízo ao erário a ponto de justificar atuação deste Tribunal"*, sobretudo porque informações constantes da ata do pregão demonstravam que *"o grupo II encontra-se suspenso, pendente de vencedor ou de possível recurso contra a decisão da inabilitação questionada, com previsão de retomada por meio de ata complementar ainda não publicada"*. Nesse passo, colacionando amplo painel da jurisprudência do TCU sobre a matéria, obtemperou que, no caso concreto, *"o Tribunal está sendo acionado para resguardar suposto direito alheio, ou seja, numa situação em que não se mostra presente o interesse coletivo que justificaria a intervenção desta Corte de Contas"*. E assinalou que *"sabendo que não foram esgotados os canais de revisão perante a autoridade recorrida previstos na legislação específica – a Lei nº 10.520/2002, o Decreto nº 3.555/2000, o Decreto nº 5.450/2005 e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/1993 – dos atos que o representante entende contrários aos seus direitos, bem como, no caso de negativa de provimento, apelo ao órgão da Justiça competente, reforço a tese de que matérias da espécie não encontram espaço para apreciação nesta Casa, sob pena de representar avanço indevido nas atribuições que são próprias da unidade jurisdicionada ou do Poder Judiciário"*. Por fim, concluiu que *"a matéria noticiada neste feito não oferece oportunidade ao exercício da competência conferida ao Tribunal de Contas da União pelo Texto Constitucional"*, ressalvando, contudo, que *"esta Corte poderá intervir no processo, em defesa do interesse público, diante de atos a serem praticados pelo FNDE, para prosseguimento do pregão relativo ao item em questão, que possam, de alguma forma, representar prejuízo para a Administração"*. Nesse sentido, o Tribunal, acolhendo a tese da relatoria, não conheceu da representação. **Acórdão 2439/2013-Plenário, TC 009.707/2013-1, relator Ministro Valmir Campelo, 11.9.2013.**

2. Na licitação de serviços de natureza continuada é factível fixar as seguintes exigências de qualificação técnico-operacional: (i) para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado de execução de contrato com mínimo de 20 postos e, para contratação de mais de 40 postos, atestado com mínimo de 50% dos postos; e (ii) atestado de execução de serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período igual ou superior a 3 anos.

Representação relativa a pregão eletrônico conduzido pelo TRT-6ª Região para a contratação de serviços de vigilância armada apontara possível restrição à competitividade do certame, em face de exigência de comprovação de que a empresa tivesse prestado os serviços licitados em quantitativo mínimo de oito postos de trabalho por pelo menos um ano. Em juízo de mérito, o relator concluiu pela regularidade da exigência, destacando, em seu fundamento, o recente Acórdão 1214/2013-Plenário – que apreciou trabalho realizado por grupo de estudos formado pelo TCU para apresentar propostas com o objetivo de minimizar os problemas enfrentados pela Administração Pública na contratação da prestação de serviços de natureza contínua. Relembrou o relator que, naquela oportunidade, ficou assente, em princípio, ser factível a fixação em edital, como exigência de qualificação técnico operacional, dos seguintes requisitos: (i) *"para a contratação de até 40 postos de trabalho, atestado comprovando que a contratada tenha executado contrato com um mínimo de 20 postos e, para contratos de mais de 40 postos, seja exigido um mínimo de 50%"*, e (ii) *"a obrigatoriedade da apresentação de atestado comprovando que a contratada tenha executado serviços de terceirização compatíveis em quantidade com o objeto licitado por período não inferior a 3 anos"*. Em epílogo, anotou que exigências similares foram consideradas válidas em dois julgados do Tribunal e que, no caso concreto, em que se requeria a contratação de 24 postos de trabalho, *"as exigências foram até menos rigorosas do que aquelas delineadas nas deliberações mencionadas"*. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposição do relator, para considerar improcedente a representação. **Acórdão 2434/2013-Plenário, TC 010.161/2013-9, relator Ministro Aroldo Cedraz, 11.9.2013.**

3. Os itens do orçamento do contrato devem ser detalhados adequadamente, sendo irregular a previsão ou inclusão de itens que caracterizem cláusulas indeterminadas, que prevejam pagamentos para despesas extraordinárias, imprevistas ou gerais, independentemente se a contratação ocorrerá por preço global ou unitário.

Pedido de Reexame interposto pela Petrobrás contestou deliberação proferida pelo TCU, mediante a qual fora expedida determinação para que a empresa excluísse de todos os contratos celebrados com vistas à execução das obras da Refinaria Presidente Getúlio Vargas o item orçamentário *"Fornecimento de Serviços Complementares"*, bem como instaurasse processo interno destinado à *"recuperação dos valores eventualmente pagos, de forma indevida, a título de remuneração relativa ao item 'Eventos Globais' ao*

consórcio Conpar”. Em seu recurso, a Petrobrás defendeu que: (i) a exclusão das cláusulas deveria acontecer apenas nos contratos celebrados na modalidade de preço global e (ii) em um grupo de contratos especiais o *“Fornecimento de Serviços Complementares”* destina-se ao pagamento de horas extras dos serviços contratados. Analisando o feito, o relator anotou em preliminar que a prática contrariava tanto o Regulamento do Procedimento Licitatório quanto o Manual de Procedimentos Contratuais da empresa. No tocante às cláusulas supostamente destinadas ao pagamento de horas extras, consignou que nos contratos *“não está explicitado que tipo de serviços complementares e em que circunstâncias os ‘serviços complementares’ deveriam ser prestados em cumprimento das cláusulas”*. Ademais as normas internas da empresa prescrevem em 25% o limite para eventuais alterações do objeto e que *“as alterações por fatos supervenientes devem ser formalizadas por meio de termos aditivos ao contrato principal”*. Quanto à incidência das determinações apenas nos contratos celebrados por preço global, destacou o relator que *“a previsão de pagamento de valores adicionais sem vínculo a um objeto específico e determinado é sempre uma impropriedade, independentemente da modalidade escolhida. Mesmo que a cláusula em questão se denomine ‘Encargos Globais’, por se destinar a cobrir despesas contratuais decorrentes de caso fortuito ou força maior, entendendo que não é lícita sua previsão dentro do contrato, pois também são fatos futuros e incertos que não deveriam onerar o contrato principal no presente”*. Em sinopse, o relator registrou que partilha *“o posicionamento de que o procedimento impugnado fere o próprio princípio de licitação, uma vez que, sob o abrigo dessas cláusulas indeterminadas e sem recorrer a nenhum procedimento formal que busque aferir a melhor proposta para a empresa, poder-se-ia alterar ilimitadamente o objeto do contrato tanto sob o aspecto quantitativo, quanto em relação ao aspecto qualitativo”*. O Plenário, acolhendo a tese do relator, negou provimento ao recurso, mantendo inalterada a deliberação recorrida. **Acórdão 2450/2013-Plenário, TC 006.306/2008-3, relator Ministro Raimundo Carreiro, 11.9.2013.**

4. O pagamento de salários inferiores aos constantes da proposta somente configura descumprimento contratual caso exista cláusula expressa no edital e no contrato exigindo a identidade entre esses valores.

Pedido de Reexame apresentado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) contra o Acórdão 1233/2008-Plenário atacou, dentre outros pontos, determinação para que a autarquia levantasse valores pagos a maior decorrentes da *“incompatibilidade entre os salários efetivamente pagos pelas empresas contratadas e aqueles informados nas suas Planilhas de Composição de Custos apresentadas por ocasião das licitações”*, e instaurasse *“os respectivos processos de tomada de contas especial no caso de as contratadas se negarem a restituir ao erário os valores recebidos indevidamente”*. Os autos trataram, originariamente, de representação versando sobre contratos de prestação de serviços especializados de supervisão técnica. Ao discordar do entendimento do relator, o ministro revisor rememorou precedente análogo ao caso em exame, no qual externou a seguinte posição sobre a questão: *“Com efeito, é certo que a planilha com os preços unitários apresentados na licitação vincula o proponente. O equívoco, todavia, é entender que as quantias ali constantes devem corresponder aos custos que serão incorridos pelo contratado para cumprir o objeto, pois, no regime de execução contratual por empreitada, no qual a retribuição do contratado se dá mediante o preço avençado, e não por uma margem de lucro, como na contratação por administração, o que a planilha ostenta são os preços dos insumos considerados pelo concorrente na formação do valor a ser cobrado da Administração, e não os seus reais custos. (...) A tese que vincula os gastos com insumos aos valores da proposta confunde custos da contratada com os seus preços (os quais somente são custos sob o ponto de vista da Administração) (...) Veja-se que, como consequência disso, a aferição do superfaturamento acaba sendo feita em relação aos custos do contratado, e não aos valores de mercado, mesmo diante da inexistência, como no caso concreto, de dificuldade prática para a estimativa destes com base em sistemas de referência ou outra fonte confiável de preços, e desconsiderando-se o fato de o regime de execução contratual ser por empreitada”*. Nesse sentido, concluiu o revisor: *“O que se depreende, portanto, dos fundamentos do Acórdão 2784/2012-Plenário, é que o pagamento de salários inferiores aos da proposta somente configuraria descumprimento contratual caso houvesse cláusula expressa no edital e no contrato exigindo a identidade entre esses valores, sendo a regra geral a de que as quantias constantes da proposta correspondem aos preços dos serviços, e não aos custos da contratada. Assim, uma vez que não há cláusula dessa natureza nos contratos de engenharia consultiva em comento, não se pode falar em violação ao contrato na realização desses pagamentos”*. Seguindo o voto do revisor, o Plenário do TCU deu provimento ao recurso. **Acórdão 2438/2013-Plenário, TC 014.508/2007-5, revisor Ministro José Múcio Monteiro, 11.9.2013.**

5. A realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório independe de previsão em edital, uma vez que a Lei 8.666/93 não impõe tal exigência.

Representação versando sobre pregão eletrônico promovido pela Caixa Econômica Federal (Caixa) para a contratação de empresa para o desenvolvimento de soluções de TI apontara irregularidade na fase de habilitação do certame. A representante alegara que teria havido “*rigor excessivo no julgamento dos documentos*”, além de “*violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo*”, uma vez que, “*apesar de terem sido apresentados os atestados de qualificação técnica exigidos no edital*”, a pregoeira requisitara cópias dos respectivos contratos para validação dos atestados, o que não estava previsto no instrumento editalício. Em juízo de mérito, o relator anotou que “*a teor do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, é facultada à autoridade julgadora, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. À luz desse comando legal, que não menciona que a diligência em questão teria de estar prevista em edital, não há que se falar em extrapolação das regras do certame e, conseqüentemente, em violação aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo*”. Ressaltou ainda a razoabilidade do procedimento adotado pela Caixa, a qual, “*diante da concisão dos termos em que são redigidos os atestados*”, buscou uma descrição técnica mais detalhada dos serviços indicados nos documentos apresentados, “*com vistas à comprovação de que os trabalhos anteriormente executados pela licitante eram, de fato, compatíveis com os que pretende contratar*”. O Tribunal, acolhendo a proposta do relator, indeferiu a medida cautelar pleiteada e considerou improcedente a representação. [Acórdão 2459/2013-Plenário, TC 021.364/2013-3, relator Ministro José Múcio Monteiro, 11.9.2013.](#)

6. É irregular o uso da modalidade pregão para a licitação de obra, que, nos termos da Lei 8.666/93, é toda “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação”, independentemente dos materiais nela empregados ou de eventual mobilidade do objeto a ser executado.

Representação relativa à contratação, com recursos federais, de Unidades Modulares de Assistência à Cidadania com Portabilidade, realizada pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, apontara, dentre outras irregularidade, “*o uso de modalidade inadequada – pregão eletrônico – para contratação de obra*”. Realizadas as oitivas regimentais após a concessão de medida cautelar, a Secretaria de Saúde alegou que o objeto contratado refere-se a fornecimento de bens “*em face da sua 'mobilidade', característica esta incompatível com a execução de obra*”. O Relator rebateu, destacando que “*o material a ser empregado nessas construções – painéis metálicos pré-fabricados – delas não retira a condição de obra de engenharia, porque a edificação, espécie do gênero obra, não se desnatura em razão dos materiais utilizados*”. Destacou que “*a Lei de licitações e contratos administrativos não leva em consideração os materiais empregados na obra para conceituá-la. Obra, nos termos da Lei, é 'toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta' (art. 6º, inciso I, da Lei 8.666/1993)*”. Ainda em relação ao objeto contratado, destacou que a produção dos painéis metálicos nas instalações da contratada “*é também qualificada como obra, porque o legislador incluiu a 'fabricação' como espécie do gênero obra*”. Acrescentou que a fabricação desses materiais é obra acessória à obra principal (construção dos prédios) e que o edital da licitação exigiu “*a prestação de serviços de engenharia indissociáveis às obras de edificação*”. Por fim, anotou que “*eventual operação de desmontagem e remontagem do prédio, em local diverso, dele não retiraria a condição de imóvel, tampouco afasta a conclusão de que a incorporação dessas unidades modulares ao solo é obtida por meio de construção, de obra de engenharia*”. Considerando que o objeto não se ajusta ao conceito de compra, mas ao de contratação de obra, o Tribunal, acolhendo a proposta do relator, considerou a representação procedente e emitiu determinações corretivas aos agentes envolvidos. [Acórdão 2470/2013-Plenário, TC 015.707/2013-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 11.9.2013.](#)

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