Jurisprudência - Informativo de Licitações e Contratos

Número 189

Sessões: 18 e 19 de março de 2014

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. No pregão, o parâmetro normativo para aferição da aceitabilidade da proposta melhor classificada é o valor estimado pela Administração. É ilegal utilizar, na etapa de negociação do certame, os valores de propostas desclassificadas como referência para essa aferição.

2. É razoável e legal, como requisito de habilitação econômico-financeira para contratação de serviços de mão de obra terceirizada, a exigência de índice de endividamento total menor ou igual a 0,6, desde que devidamente justificada no processo.

3. Para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes. Para habilitação técnica, os atestados apresentados devem não apenas demonstrar uma situação de fato, mas, necessariamente, uma situação fática que tenha ocorrido em conformidade com a lei e com o contrato social.

4. O contrato de empréstimo internacional não pode estabelecer regras licitatórias conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem sobre as normas dos organismos de financiamento.

5. A adoção de critério único para a comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes, por meio de índices de liquidez, pode, em contratações de grande porte, levar à seleção de empresa sem condições ideais para fornecer os produtos ou serviços desejados pela Administração.

PLENÁRIO

1. No pregão, o parâmetro normativo para aferição da aceitabilidade da proposta melhor classificada é o valor estimado pela Administração. É ilegal utilizar, na etapa de negociação do certame, os valores de propostas desclassificadas como referência para essa aferição.

Representação relativa a pregão eletrônico conduzido pela Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (Ebserh), objetivando o registro de preços para aquisição de equipamentos de videocirurgia, apontara, dentre outras irregularidades, a desclassificação sem motivação de três empresas para o item 1. No item em questão, após a etapa de lances, foram desclassificadas, em razão do não cumprimento de exigências técnicas, as duas empresas melhor colocadas. O pregoeiro, então, passou a convocar as demais empresas para negociação. Contudo, todas as propostas foram recusadas, sob o argumento de "*impossibilidade de negociação*", a despeito de apresentarem valores abaixo do estimado pela Administração. Diante desse panorama, o pregoeiro reconvocou a empresa que apresentara a menor oferta após a negociação, a qual reduziu mais uma vez o valor da sua proposta, afinal aceita. A Ebserh alegou, em suas justificativas, que o pregoeiro buscara, durante a negociação, "*atingir valores mais próximos das duas propostas mais vantajosas da fase de lances*", recusadas por desconformidade técnica. Em juízo de mérito, o relator, em consonância com a unidade técnica, considerou que "*a atuação do pregoeiro ofendeu os ditames do art. 22, § 3º, do Decreto nº 5.450/2005, bem como o*

princípio do julgamento objetivo". Observou que "*a norma confere ao pregoeiro a prerrogativa da negociação após a fase de lances. Contudo (...) a negociação, assim como qualquer outra etapa dentro do certame, possuiu seus exatos contornos e limites definidos em norma própria*". Acrescentou que na negociação "*o pregoeiro irá examinar a aceitabilidade das propostas, sendo que tal juízo circunscreve-se à verificação de sua exequibilidade e sua compatibilidade em relação ao estimado para a contratação (exame do preço), bem como para auferir o preenchimento de todas as exigências habilitatórias (...) tanto em relação à licitante como em relação ao objeto (exame do objeto)*". Em relação ao exame do preço, destacou que deve atender ao "*ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, sob pena de tornar subjetiva tal apreciação"*. Nesse sentido, "*o art. 25, **caput**, do Decreto nº 5.450/2005, estabeleceu que 'o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço **em relação ao estimado para contratação***'" (grifos do relator). Assim, concluiu o relator que "*o parâmetro normativo para aferição da aceitabilidade da proposta (...) é o valor de referência, mesmo porque é ele que serve de guia à formulação dos lances. De outra forma, não haveria sequer como garantir a objetividade e a impessoalidade do julgamento, princípios basilares que, em última instância, garantem a lisura do certame e norteiam todo o procedimento licitatório*". O relator afastou ainda a regularidade da motivação das recusas por "*impossibilidade de negociação*", uma vez que duas empresas, quando convocadas para negociar, "*não apenas se manifestaram como reduziram as propostas ofertadas na fase de lances*". Considerando o "*vício insanável*" no motivo determinante para a recusa da proposta da empresa chamada em primeiro lugar para negociação, o Tribunal, acolhendo o voto do relator, determinou à Ebserh a anulação daquele ato administrativo, bem como dos atos dele decorrentes, ficando a unidade jurisdicionada autorizada, se houver interesse, após reavaliação da conformidade do preço de referência, a dar continuidade ao procedimento licitatório, informando ao TCU as medidas adotadas. ***Acórdão 620/2014-Plenário, TC 029.346/2013-6, relator Ministro Valmir Campelo, 19.3.2014.***

2. É razoável e legal, como requisito de habilitação econômico-financeira para contratação de serviços de mão de obra terceirizada, a exigência de índice de endividamento total menor ou igual a 0,6, desde que devidamente justificada no processo.

Representação oferecida por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico lançado pela Superintendência de Administração do Ministério da Fazenda no Distrito Federal (Samf/DF) para contratação de serviços terceirizados nas categorias de copa, garçom, ascensorista, entre outras. A representante demonstrara inconformismo com a exigência contida no instrumento convocatório de que a habilitação de licitante dependeria da apresentação de endividamento total menor ou igual a 0,6, índice que configuraria restrição injustificada à participação de interessados no certame. O relator assinalou que o endividamento total é utilizado para mensurar "*a capacidade que tem determinada empresa de honrar seus compromissos financeiros. Quanto maior o índice, mais dependência há de financiamentos de terceiros relativamente ao capital próprio. Portanto, um índice menor significa menos comprometimento patrimonial e melhor solidez financeira*". Destacou que a exigência do endividamento total "*como condição de habilitação nas licitações públicas ganhou importância em face da crescente responsabilização subsidiária da Administração pelos pagamentos de verbas e encargos salariais de funcionários de empresas contratadas que se tornaram insolventes, conforme comumente decidido pela Justiça Trabalhista*". Afirmou a preocupação do Tribunal com o tema, resultando na edição do Acórdão 1214/2013 – Plenário, pelo qual houve "*a recomendação geral para que os editais sejam mais exigentes quanto à qualificação das licitantes, mas com equilíbrio, a fim de não perder o foco na obtenção do bom preço*". A unidade técnica reconheceu que o índice estabelecido pela Samf/DF estaria, em tese, dentro dos parâmetros recomendados pela deliberação do Tribunal e que o número de participantes do certame sinalizava que a exigência não havia sido restritiva. Contudo, por entender que o limite adotado não fora devidamente justificado e que existia oferta de preço menor do que a da vencedora da licitação, propôs a suspensão cautelar da contratação. O relator, divergindo desse entendimento, considerou "*que o teto permitido para o índice de Endividamento Total foi exaustivamente justificado no termo de referência do Pregão Eletrônico*" e que o edital do órgão licitante reproduziu exigência análoga em certames divulgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Senado Federal. O fato de a licitação do STJ tratar da contratação de serviços de limpeza e conservação, segundo o condutor do processo, não invalidaria o empréstimo do mesmo índice para o caso em tela, uma vez que, em ambas as situações, "*o custo expressivo da atividade empresarial está no pagamento de salários*". O relator concluiu, então, também com base na experiência da própria licitação examinada, que o valor máximo de 0,6 para endividamento total é usual no mercado e que atende ao disposto no art. 31, § 5º, da Lei 8.666/93. Por fim, tratando da existência de proposta com preço menor do que a arrematada, afirmou que "*não se pode falar que há vantagem em proposta desconforme*", pois se "*fosse assim, caberia à contratante abdicar-se de todos os critérios de classificação e habilitação para fechar com a licitante que, efetivamente, ofereceu o menor preço no Pregão Eletrônico*".

Desse modo, seguindo a linha de entendimento do relator, o Plenário decidiu conhecer da Representação e, no mérito, considerá-la improcedente, negando, por consequência, o pedido de suspensão cautelar da licitação. ***Acórdão 628/2014-Plenário, TC 001.400/2014-2, relator Ministro José Múcio Monteiro, 19.3.2014.***

3. Para fins de habilitação jurídica, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes. Para habilitação técnica, os atestados apresentados devem não apenas demonstrar uma situação de fato, mas, necessariamente, uma situação fática que tenha ocorrido em conformidade com a lei e com o contrato social.

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico para registro de preços promovido pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi), destinado à contratação de serviços especializados para digitalização do acervo documental da entidade, entre outros. A controvérsia principal residiu na habilitação da vencedora do certame, que apresentara atestados de capacidade técnica com incoerência entre as datas de realização dos serviços mencionados nos documentos e a data em que a empresa registrou em seu contrato social o exercício de atividades correspondentes aos serviços licitados. O relator destacou que a Lei das Licitações exige o contrato social, devidamente registrado, entre os documentos necessários para evidenciar a habilitação jurídica dos licitantes, visando "*justamente à comprovação de que a licitante tem a atividade comercial compatível com o objeto licitado*". Aos olhos do relator, o "*objeto social da empresa delineado no contrato social devidamente registrado comprova não apenas o exercício da atividade empresarial requerida na licitação, mas também que a empresa o faz de forma regular. E nesse ponto ressalto que a Administração deve sempre prestigiar a legalidade. Não basta que a licitante detenha a capacidade comercial de fato, faz-se necessário que ela esteja em conformidade com a lei*". Nesse aspecto, assinalou que o Código Civil obriga o registro dos atos constitutivos da sociedade empresarial, com seus fins ou objeto, e, como decorrência lógica, "*se a empresa decidir mudar de atividade empresarial, possui o dever legal de promover a alteração de seu objeto social e do respectivo registro antes de iniciar a prática dessas novas atividades*". Dessa forma, "*ao exercer atividades em desconformidade com seu objeto social, devidamente registrado, a empresa também está agindo de forma contrária à lei, expondo a riscos todos os atores que com ela se relacionam*", em decorrência da possibilidade "*de contratação de quem não é do ramo*" e "*de a empresa vir a se eximir da responsabilidade pelos atos praticados por seu gerente*". Voltando a atenção ao caso concreto, o relator reconheceu que, à época da contratação, a empresa já havia alterado o seu contrato social para incluir as atividades pertinentes ao certame. Contudo, os atestados apresentados no pregão diziam respeito à execução de serviços em época anterior à sobredita alteração, motivo pelo qual refletiam uma situação fática em desconformidade com a lei e com o contrato social. Portanto, não poderiam "*ser considerados válidos para fins de comprovação perante a Administração*". Assim, tendo em vista que o pregoeiro já havia sido alertado da ocorrência, mas considerando também a lacuna jurisprudencial sobre o assunto, o relator entendeu que não seria o caso de promover a audiência do agente público por ter acolhido os atestados irregulares. O Tribunal, seguindo a proposta do relator, julgou procedente a Representação e determinou à entidade o cancelamento da ata de registro de preço e que se abstivesse de prorrogar o contrato celebrado com a empresa ganhadora da licitação. ***Acórdão 642/2014-Plenário, TC 015.048/2013-6, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 19.3.2014.***

4. O contrato de empréstimo internacional não pode estabelecer regras licitatórias conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem sobre as normas dos organismos de financiamento.

Representação versando sobre licitação pública nacional promovida pela Agência Nacional de Águas (ANA), para contratação de serviços técnicos especializados de produção editorial com recursos financiados pelas instituições que compõem o grupo Banco Mundial, apontara, dentre outras irregularidades, "*cláusula editalícia restritiva à competição, consubstanciada na exigência de tempo mínimo de experiência* [dez anos] *para as empresas participarem do certame*". Segundo o representante, tal restrição "*violaria os princípios e normas disciplinadoras do procedimento licitatório, estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 8.666/1993*". Em juízo de mérito, realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator anotou que "*a Lei n. 8.666/1993, em seu art. 42, § 5º, possibilita a realização de processos licitatórios que obedeçam às condições previstas em contratos assinados com instituições financeiras multilaterais e, ainda, a adoção de procedimentos por elas exigidos*". Ponderou, contudo, que "*o entendimento desta Corte acerca de tal dispositivo é o de que o contrato de empréstimo internacional não pode conter cláusulas conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem em caso de divergência com as normas dos organismos de financiamento, sendo cabível, ainda, a aplicação subsidiária dos ditames da Lei n. 8.666/1993 (Decisão n. 1.640/2002 – Plenário)*". Sobre o precedente alvitrado, destacou

ainda que "*a definição de regras licitatórias pelos organismos estrangeiros não invalida a preeminência na licitação de normas nacionais, quando não conflitantes com aquelas ou quando, ainda que conflitantes, sejam requeridas por dispositivos ou princípios da Constituição*". Assim, concluiu o relator que, "*sendo aplicáveis os preceitos constitucionais e, de forma subsidiária, as regras insculpidas na Lei de Licitações, eventual cláusula restritiva do caráter competitivo de determinada licitação custeada com recursos de instituições financeiras multilaterais afrontaria disposição do texto da Carta Maior*". No caso concreto, ressaltou que a cláusula editalícia questionada caracterizara "*evidente restrição à competitividade*", na medida em que demanda "*experiência mínima anterior de longo interregno*" no fornecimento dos serviços. Diante da ausência de justificativa técnico-econômica para a inclusão da cláusula, inquinada do "*vício insanável da restrição à competitividade*", o Tribunal, ao acolher o voto do relator, fixou prazo para que a agência adotasse medidas destinadas à anulação do certame. ***Acórdão 645/2014-Plenário, TC 031.112/2013-7, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 19.3.2014.***

5. A adoção de critério único para a comprovação da qualificação econômico-financeira das licitantes, por meio de índices de liquidez, pode, em contratações de grande porte, levar à seleção de empresa sem condições ideais para fornecer os produtos ou serviços desejados pela Administração.

Representação oferecida por cidadão apontara a existência de possíveis irregularidades em edital de pregão eletrônico realizado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU), que visava estabelecer ata de registro de preço para aquisição de trilhos ferroviários. Entre os itens questionados, o representante destacara que o instrumento publicado pela entidade não continha requisitos suficientes para a comprovação da capacidade econômico-financeira dos licitantes. O relator, ao examinar a questão, salientou que a "*capacidade econômico-financeira envolve tanto a capacidade de pagamento das dívidas quanto a de mobilização de recursos para a sustentação dos negócios da entidade*". Destacou que a capacidade de pagamento das dívidas relaciona-se com a "*liquidez e/ou solvência da organização*" e a capacidade de mobilização de recursos diz respeito ao porte da entidade. Asseverou, após discorrer sobre a teoria contábil correlata ao tema, que, embora os índices de liquidez corrente e liquidez geral respondam se determinada empresa tem ou não condições de quitar as suas dívidas perante terceiros, eles "*não oferecem visão alguma sobre o porte da entidade em termos absolutos*". Tais indicadores "*buscam capturar exclusivamente a capacidade de sobrevivência financeira da entidade ao longo do tempo, e guardam relação muito tênue com a capacidade econômico-financeira da entidade de prover os serviços ou produtos que a administração necessita*", o que os tornam insuficientes para atestar as condições de licitantes em certames de grande porte. Diante disso, e exemplificando situação hipotética, o relator concluiu que a "*adoção de critério único para comprovação de capacidade econômico-financeira da empresa, por meio de índices de liquidez, pode levar, na fase de execução do contrato, à frustração do objetivo para o qual a licitação foi realizada*". O relator destacou, por fim, que a CBTU, visando agir com prudência, deveria ter exigido, além dos índices contábeis, uma das três opções previstas no Estatuto das Licitações e na Súmula/TCU 275/12, quais sejam capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurassem o adimplemento do contrato. Para o deslinde da questão, no entanto, verificando que não havia "*imposição legal ou da jurisprudência desta Corte no sentido de se adotar o procedimento sugerido (...) e, ainda, considerando que se trata de licitação para registro de preços e que não foi interposto recurso que atacasse especificamente a falta de capacidade econômico-financeira das licitantes*", sugeriu, em proposta acolhida pelo Colegiado, que o Tribunal conhecesse da Representação e a considerasse improcedente, dando-se ciência à CBTU sobre a "*possibilidade de se exigir, para fins de qualificação econômico-financeira, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, ou ainda garantias, nos termos do art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 e da Súmula TCU 275/2012, adicionalmente à exigência de índices contábeis prevista no art. 31, § 1º da Lei 8666/1993, quando o valor da contratação e as características do mercado e do objeto assim recomendarem*". ***Acórdão 647/2014-Plenário, TC 000.987/2014-0, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 19.3.2014.***

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