

Sessões: 12 e 13 de março 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.

SUMÁRIO

Plenário

1. A declaração de inidoneidade para participar de licitação, prevista no art. 46 da Lei 8.443/92, não pode ser aplicada aos sócios e administradores, nem a futuras empresas constituídas com o mesmo quadro societário de empresas declaradas inidôneas.
2. A ausência ou precariedade de equipamentos e serviços públicos, que podem ser entendidas como “*urgência controlada*”, não caracterizam por si só a imprevisibilidade e a excepcionalidade exigidas para a contratação direta fundamentada no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, a qual, ainda, deve se restringir aos itens estritamente necessários ao afastamento de riscos iminentes à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.
3. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica, em razão do disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Caso o órgão jurídico restitua o processo com exame preliminar, faz-se necessário o seu retorno, após o saneamento das pendências apontadas, para emissão de parecer jurídico conclusivo.
4. A falta de implementação do encaminhamento apontado no parecer jurídico de que tratam o inciso VI e o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 demanda a explicitação, por escrito, dos motivos que embasam a solução adotada e sujeita o gestor às consequências de tal ato, caso se confirmem as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico.
5. A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra.
6. A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas.

PLENÁRIO

1. A declaração de inidoneidade para participar de licitação, prevista no art. 46 da Lei 8.443/92, não pode ser aplicada aos sócios e administradores, nem a futuras empresas constituídas com o mesmo quadro societário de empresas declaradas inidôneas

Representação apurou a responsabilidade de empresas envolvidas nas fraudes às licitações verificadas na “*Operação Sanguessuga*”. O Relator, ao considerar que “*os elementos trazidos aos autos são suficientes a comprovar a sua participação nas fraudes levantadas ...*”, acolheu, em parte, as propostas formuladas pela unidade técnica, dentre as quais a declaração de inidoneidade das empresas do Grupo Planam. Manifestou, contudo, divergência em relação à proposta de declaração de inidoneidade dos sócios e/ou administradores e de futuras sociedades constituídas pelo mesmo quadro societário. No intuito de justificar seu posicionamento, fez referência à doutrina e à precedente do STJ no sentido de que “*A desconsideração da personalidade societária ... deve ser precedida de processo administrativo específico, em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório a todos os interessados*”. Recorreu ao Acórdão 2.549/2008 - Plenário, segundo o qual não é possível declarar a inidoneidade dos sócios de determinada empresa, em vista do disposto no art. 46 da Lei 8.443/92, que menciona apenas o licitante como destinatário da sanção. Invocou ainda o Acórdão 2.809/2009 - Plenário, que “*entendeu ser solução jurídica inadequada estender a futuras empresas que*

*viesses a ser criadas as penalidades impostas a empresas envolvidas em conluio”. Isso porque “tais empresas sequer existem no mundo jurídico, não lhes tendo sido assegurados, previamente à aplicação da sanção proposta, os direitos constitucionais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório”. Ao se reportar ao caso concreto, concluiu, em relação a futuras sociedades constituídas que, “decretada a inidoneidade das empresas do grupo Planam, a Administração poderá proibir a participação de empresas constituídas, após a apenação, com o mesmo objeto e que tenham em seu quadro societário qualquer dos responsáveis ouvidos nestes autos ou seus parentes, até o terceiro grau. Nesse caso, poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica para estender os efeitos da sanção imposta pelo TCU a eventuais empresas fundadas com o intuito de ultrapassar a proibição de licitar com a Administração Pública ...desde que adotadas as providências essenciais para tal”. Ressaltou, ainda, que podem ser desenvolvidos mecanismos destinados a coibir a burla relacionada à declaração de inidoneidade de empresas, como o aperfeiçoamento do cadastro do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu declarar a inidoneidade apenas das empresas do grupo Planam, com fundamento no artigo 46 da Lei 8.443/1992. Decidiu ainda recomendar ao MPOG a adoção de providências necessárias à inibição da participação, em futuras licitações, de sócios e/ou administradores das empresas declaradas inidôneas. Precedentes citados: Acórdão 2.549/2008 e 2.809/2009, ambos do Plenário. **Acórdão 495/2013-Plenário, TC 015.452/2011-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 13.3.2013.***

2. A ausência ou precariedade de equipamentos e serviços públicos, que podem ser entendidas como “urgência controlada”, não caracterizam por si sós a imprevisibilidade e a excepcionalidade exigidas para a contratação direta fundamentada no inciso IV do art. 24 da Lei 8.666/1993, a qual, ainda, deve se restringir aos itens estritamente necessários ao afastamento de riscos iminentes à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares

Em tomada de contas especial decorrente de representação para apuração de irregularidades nas obras de reforma do Estádio João Cláudio de Vasconcelos Machado (Machadão), em Natal/RN, os responsáveis foram ouvidos, entre outras irregularidades, pela contratação direta do objeto com fundamento em situação emergencial. A dispensa de licitação foi justificada com base em laudo do Corpo de Bombeiros, que indicara a necessidade da interdição do estádio. Contudo, para o relator, “No caso concreto, para mitigar o risco decorrente das más condições estruturais do estádio, bastaria a interdição do local, como se depreende do relatório do Corpo de Bombeiros”. Acrescentou, adiante: “O anseio pela utilização do estádio em evento esportivo que se aproximava não caracteriza a urgência na realização dos serviços. Não há que se questionar a necessidade de interdição do estádio, sobejamente indicada nos laudos técnicos emitidos antes da contratação. No entanto, extrai-se dos autos que a interdição seria suficiente para mitigar os riscos, sem que restasse prejudicada ou inviabilizada a realização do processo licitatório”. Concluiu asseverando que “o enquadramento em situação emergencial tendente a dispensar a realização de licitação deve ser natural, evidente, e não forçado ou provocado ... a reforma do estádio pode ser considerada como de ‘urgência controlada’, não enquadrável em hipótese motivadora de dispensa e, por tanto, sendo obra licitável. Entender como regular a contratação direta nos casos de ‘urgência controlada’ poderia levar a uma aplicação generalizada da dispensa de licitação sob tal motivação, mormente em um contexto geral de deficiência de equipamentos públicos”. O Tribunal, ao acolher proposta do relator, rejeitou as razões de justificativa quanto à irregularidade em questão e a utilizou como fundamento para aplicação de multa aos responsáveis. **Acórdão 513/2013-Plenário, TC 004.063/2008-4, relatora Ministra Ana Arraes, 13.3.2013.**

3. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica, em razão do disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Caso o órgão jurídico restitua o processo com exame preliminar, faz-se necessário o seu retorno, após o saneamento das pendências apontadas, para emissão de parecer jurídico conclusivo

Representação apontou supostas irregularidades em processos licitatórios conduzidos pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), notadamente, os relacionados ao desenvolvimento e fabricação de subsistemas de satélite. O representante relatou alguns casos nos quais o Inpe teria conduzido seus processos licitatórios e as contratações sem que os autos dos processos administrativos retornassem ao órgão de consultoria jurídica, escoimados dos vícios apontados nas análises preliminares, para fins de emissão de parecer conclusivo. Após análise dos esclarecimentos do Inpe, o relator afastou os indícios de irregularidades apontados nos documentos jurídicos, mas constatou que, em três situações apontadas, não houve emissão de parecer jurídico conclusivo sobre as contratações. Em relação ao processo referente à Concorrência Internacional 661/2010, observou que “não há, sobre este ponto, qualquer referência a um possível retorno do processo à consultoria para emissão

*de parecer definitivo, com base nos esclarecimentos prestados e informações complementares, as quais poderiam ser prestadas à época ao órgão jurídico”. No que concerne à Concorrência Internacional 125/2010, considerou que, a despeito dos esclarecimentos prestados ao Tribunal, “faltou, a meu ver, a prestação de tais informações ao órgão jurídico e o retorno do processo para, com base nessas informações, realizar novo e conclusivo exame”. No que tange ao processo de contratação direta 880/2011, registrou que “o prosseguimento da contratação sem que os autos retornassem aos órgãos de assessoramento, para apreciação conclusiva, não foi objeto de justificativas pelo Inpe ...”. Ainda sobre essa contratação, acrescentou que “as explanações indicadas pelo Inpe poderiam ter sido levadas ao conhecimento do órgão jurídico, fazendo-se retornar os autos para novo pronunciamento, em vez de se dar prosseguimento ao processo de contratação com ressalvas antes registradas pela consultoria jurídica”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, considerou parcialmente procedente a representação. Em relação à falha apontada, deu ciência ao Inpe de que “em razão do disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, necessitam ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração, de modo que, havendo o órgão jurídico restituído o processo com exame preliminar, torna-se necessário o retorno desse, após o saneamento das pendências apontadas, para emissão de parecer jurídico conclusivo, sobre sua aprovação ou rejeição”. **Acórdão 521/2013-Plenário, TC 009.570/2012-8, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 13.3.2013.***

4. A falta de implementação do encaminhamento apontado no parecer jurídico de que tratam o inciso VI e o parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 demanda a explicitação, por escrito, dos motivos que embasam a solução adotada e sujeita o gestor às consequências de tal ato, caso se confirmem as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico

Ainda no âmbito da Representação acerca de supostas irregularidades relativas a processos licitatórios conduzidos pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), o relator destacou que, “mesmo que a administração contratante desejasse seguir adiante com a contratação pretendida, contrariando, eventualmente, parecer jurídico sobre o assunto, necessitar-se-ia da aposição de justificativa para tanto, no processo licitatório”. Recorreu ao Acórdão 147/2006 – Plenário, segundo o qual o parecer jurídico emitido para fins de controle prévio da licitude dos procedimentos licitatórios e dos documentos mencionados no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações “não possui um caráter meramente opinativo ...”. Mencionou ainda trecho do Acórdão 462/2003 – Plenário que respalda esse entendimento: “O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada.” Com fundamento nos precedentes citados, concluiu que “o gestor público, quando discordar dos termos do parecer jurídico cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu, em relação a essa questão, dar ciência ao Inpe de que, “caso venha discordar dos termos do parecer jurídico, cuja emissão está prevista no inciso VI e no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, deverá apresentar por escrito a motivação dessa discordância antes de prosseguir com os procedimentos relativos à contratação, arcando, nesse caso, integralmente com as consequências de tal ato, na hipótese de se confirmarem, posteriormente, as irregularidades apontadas pelo órgão jurídico”. Precedentes mencionados: Acórdão 147/2006-Plenário, Acórdão 462/2003 – Plenário. **Acórdão 521/2013-Plenário, TC 009.570/2012-8, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 13.3.2013.**

5. A participação simultânea de empresas com sócios comuns em licitação não afronta a legislação vigente e somente merece ser considerada irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes, como nos casos de: a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra

Auditoria realizada nos Departamentos Nacionais do Serviço Social da Indústria (Sesi/DN) e do Serviço de Nacional Aprendizagem Industrial (Senai/DN) avaliou a regularidade dos processos licitatórios e os respectivos contratos de aquisição de bens e prestação de serviços. Foram apontadas possíveis fragilidades no planejamento de contratações, adoção de critérios restritivos de habilitação de licitantes, falhas em fiscalização de contratos e outros indícios de irregularidades. Destaque-se, entre elas, a suposta ilicitude consistente no impedimento de participação de empresas com sócios comuns em licitações promovidas por essas entidades. O relator anotou, a esse respeito, que “nem os regulamentos próprios das entidades nem a Lei n. 8.666/1993 vedam essa situação”. E mais: “A interpretação teleológica da legislação, especialmente a do princípio da

*igualdade de condições a todos os interessados, conduz ao entendimento de que o concurso de licitantes pertencentes a sócios comuns somente é irregular quando puder alijar do certame outros potenciais participantes”. Acrescentou que, de acordo com o precedente revelado pelo Acórdão 297/2009 – Plenário, a participação simultânea de empresas que tenham sócios comuns em um mesmo certame configuraria irregularidade nos casos de: “a) convite; b) contratação por dispensa de licitação; c) existência de relação entre as licitantes e a empresa responsável pela elaboração do projeto executivo; d) contratação de uma das empresas para fiscalizar serviço prestado por outra”. O relator consignou, porém, que, nos processos em que tal exigência indevida foi identificada, não houve exclusão de nenhuma empresa por essa razão, nem foram apontados indícios de conluio ou fraude. Levou em conta, ainda, a informação fornecida pelo Sesi/DN e Senai/DN de que não mais incluem em seus editais cláusula com tal conteúdo restritivo, em respeito a deliberação já proferida pelo Tribunal, por meio da qual ratificou-se medida cautelar que determinara a suspensão de outros certames conduzidos por tais entidades, em razão de ilegalidade dessa mesma natureza (Acórdão n. 2.341/2011-P). O Tribunal, então, em face de falhas outras identificadas na auditoria decidiu efetuar recomendações e determinações aos Sesi/DN e Senai/DN, e deixou de expedir determinação corretiva acerca do quesito acima destacado, tendo em vista a informação de que a referida vedação não mais tem sido inserida em editais dessas entidades. Precedentes mencionados: **Acórdão 526/2013-Plenário, TC 028.129/2012-1, relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, 13.3.2013.***

6. A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas

Representação contra o Pregão Eletrônico 2/2012 conduzido pela Academia Militar das Agulhas Negras (Aman) para o registro de preços de materiais permanentes e descartáveis de copa e cozinha apontou, entre outras, irregularidade no critério de julgamento pelo menor preço por lote de itens, e não por item isolado. A unidade justificou o critério com base na busca de padronização de materiais e na facilidade de entrega e recebimento dos produtos. O relator contraditou argumentando que a garantia da padronização “*seria a especificação do produto e não o fornecimento de dezenas de produtos especificados genericamente por uma empresa que não os fabrica*”, além do que não havia no termo de referência qualquer justificativa para a definição dos lotes e para a adoção do julgamento segundo o menor preço por lote. Consignou como agravante o fato de a licitação ser voltada para a obtenção de uma ata de registro de preços, pois esta não se presta “*ao compromisso de pronta aquisição de quantidades determinadas e, dada as características dos materiais a ser adquiridos, não havendo por parte da Administração a necessidade ou obrigação de, a cada aquisição, adquirir todos os itens do lote, não se vislumbra razão para que a adjudicação das propostas não tenha sido realizada de maneira individual, para cada item de material estipulado no termo de referência*”. Ademais, demonstrou que o parcelamento por lotes, aliado a outras exigências restritivas à competitividade, ocasionou a adjudicação de itens (contidos em lotes) com preços acima do valor máximo estimado pela Aman, configurando contratação antieconômica. O Tribunal, ao seguir o voto do relator, além de multar os responsáveis pelas irregularidades confirmadas, determinou à Aman “*que se abstenha, em licitação para registro de preços, de adotar como critério de adjudicação o de menor preço global por grupo/lote, concomitantemente com disputa por itens, sem que estejam demonstradas nos autos as razões pelas quais tal critério, conjuntamente com os que presidiram a formação dos grupos, é o que conduzirá à contratação mais vantajosa, comparativamente ao critério usualmente requerido de adjudicação por menor preço por item, devendo ainda restar demonstrada nos autos a compatibilidade entre essa modelagem e o sistema de registro de preços quando a Administração não estiver obrigada a proceder a aquisições por grupo*”. **Acórdão 529/2013-Plenário, TC 007.251/2012-2, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 13.3.2013.**

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