

Sessões: 27 e 28 de novembro de 2012

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.

NOVIDADE

Desde o dia 27/9/2012, está disponível, no portal do Tribunal, opção de **consulta textual** a todas as edições do Informativo de Licitações e Contratos.

SUMÁRIO

Plenário

1. A sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou.
2. A inserção de parcelas consideradas indevidas em BDI de obra pública pode ser relevada quando o valor total do contrato situar-se abaixo do preço de mercado. As parcelas correspondentes a itens computados também como custos diretos da obra, no entanto, devem ser expurgadas do BDI, a fim de afastar duplicidade de pagamentos.
3. A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.
4. A vigência de atas de registro de preços resultante de pregão promovido por município não pode superar o prazo de um ano, tendo em vista o disposto no inciso III, do § 3º, do art. 15 da Lei 8.666/1993.
5. A revogação de ato eivado de grave irregularidade posteriormente a sua identificação pelo Tribunal não isenta o agente que o praticou de responsabilização.

PLENÁRIO

1. A sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas no âmbito do órgão ou entidade que a aplicou

Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades na condução do Pregão Presencial nº 11/2011, promovido Prefeitura Municipal de Cambé/PR, que teve por objeto o fornecimento de medicamentos para serem distribuídos nas Unidades Básicas de Saúde e na Farmácia Municipal. Entre as questões avaliadas nesse processo, destaque-se a exclusão de empresas do certame, em razão de terem sido apenadas com a sanção do art. 87, III, da Lei nº 8.666/93 por outros órgãos e entidades públicos. Passou-se, em seguimento de votação, a discutir o alcance que se deve conferir às sanções estipuladas nesse comando normativo (“*suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração*”). O relator, Ministro Ubiratan Aguiar, anotara que a jurisprudência do Tribunal havia-se firmado no sentido de que a referida sanção restringia-se ao órgão ou entidade que aplica a punição. A sanção prevista no inciso IV do mesmo artigo, relativa à declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, produziria efeitos para os órgãos e entidades das três esferas de governo. O relator, a despeito disso, ancorado em precedente revelado por meio do Acórdão nº 2.218/2011-1ª Câmara, de relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, e na jurisprudência do dominante do STJ, encampou o entendimento de que a sanção do inciso III do art. 87 também deveria produzir efeitos para as três esferas de governo. O primeiro revisor, Min. José Jorge, sustentou a necessidade de se reconhecer a distinção entre as sanções dos incisos III e IV, em função da gravidade da infração cometida. Pugnou, ainda, pela modificação da jurisprudência do TCU, a fim de se considerar que “*a sociedade apenada com base no art. 87, III, da Lei nº 8.666/93, por órgão/entidade municipal, não poderá participar de licitação, tampouco ser contratada, para a execução de objeto demandado por qualquer ente público do respectivo município*”. O segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, por sua vez, ao investigar o significado das expressões “*Administração*” e “*Administração Pública*” contidos nos incisos III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, respectivamente, assim se manifestou: “*Consoante se lê*

*dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/93, os conceitos definidos pelo legislador para ‘Administração Pública’ e para ‘Administração’ são distintos, sendo o primeiro mais amplo do que o segundo. Desse modo, não creio que haja espaço hermenêutico tão extenso quanto tem sustentado o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes citados no voto do relator no que concerne ao alcance da sanção prevista no inciso III do art. 87”. Mencionou, também, doutrinadores que, como ele, privilegiam a interpretação restritiva a ser emprestada a esse comando normativo. Ressaltou, ainda, que as sanções dos incisos III e IV do art. 87 da multicitada lei “guardam um distinto grau de intensidade da sanção”, mas que “referidos dispositivos não especificaram as hipóteses de cabimento de uma e de outra sanção ...”. Segundo ele, não se poderia, diante desse panorama normativo, admitir que o alcance de ambas sanções seria o mesmo. Chamou atenção para o fato de que “a sanção prevista no inciso III do art. 87 é aplicada pelo gestor do órgão contratante ao passo que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso”. E arrematou: “... para a sanção de maior alcance o legislador exigiu também maior rigor para a sua aplicação, ao submetê-la à apreciação do titular da respectiva pasta de governo”. Acrescentou que a sanção do inciso III do art. 87 da Lei de Licitações não poderia ter alcance maior que o da declaração de inidoneidade pelo TCU (art. 46 da Lei nº 8.443/1992). Por fim, invocou o disposto no inciso XII do art. 6º da Lei de Licitações, que definiu “Administração” como sendo “órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente”, para refutar a proposta do primeiro revisor, acima destacada. O Tribunal, então, ao aprovar, por maioria, a tese do segundo revisor, Min. Raimundo Carreiro, decidiu: “9.2. determinar à Prefeitura Municipal de Cambé/PR que nas contratações efetuadas com recursos federais observe que a sanção prevista no inciso III do art. 87 da Lei nº 8.666/93 produz efeitos apenas em relação ao órgão ou entidade contratante”. **Acórdão nº 3243/2012-Plenário, TC-013.294/2011-3, redator Ministro Raimundo Carreiro, 28.11.2012.***

2. A inserção de parcelas consideradas indevidas em BDI de obra pública pode ser relevada quando o valor total do contrato situar-se abaixo do preço de mercado. As parcelas correspondentes a itens computados também como custos diretos da obra, no entanto, devem ser expurgadas do BDI, a fim de afastar duplicidade de pagamentos

Pedidos de reexame interpostos pelos Consórcios CR Almeida/Via/Emsa, Constran/Galvão/Construcap e Galvão/Odebrecht/Andrade Gutierrez/Barbosa Mello pleitearam a reforma dos subitens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do Acórdão 2.336/2011–Plenário, por meio do qual o Tribunal havia determinado ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit a adoção de medidas tendentes à promoção de ajustes nos contratos TT-250/2006-00 (lote 2), TT-253/2006-00 (lote 3) e TT 252/2006-00 (Lote 7), celebrados para execução das obras de adequação de trechos rodoviários da BR 101/NE, Divisa PB/RN – Divisa PB/PE, no Estado da Paraíba. O Tribunal, por meio dos citados comandos, em síntese, havia determinado ao Dnit que adotasse providências com o intuito de promover a celebração de termos aditivos aos citados contratos, a fim de afastar o sobrepreço que teria resultado da incidência no percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de parcelas consideradas indevidas, como Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Transporte Diário de Pessoal, Subsídio para Refeições, Uniformes e de aplicação de percentual considerado excessivo para item Administração. Ao reexaminar a apontada sobreavaliação de parcelas componentes dos BDI’s dos citados contratos, a unidade técnica manifestou-se no sentido da “impossibilidade de atestar a irregularidade dos preços de um contrato tomando-se como base, apenas, seus custos indiretos”. Acrescentou que tal questão “seria prejudicial em relação aos demais argumentos apresentados pelos recorrentes, no que diz respeito aos itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 2.336/2011-TCU-Plenário”. Observou que os orçamentos dos lotes 2, 3 e 7 já haviam sido analisados pelo TCU e considerados regulares (Acórdão 2.046/2008-Plenário). Fez referência à deliberação proferida por meio do Acórdão nº 1.648/2003-Plenário e a ensinamentos doutrinários, ambos no sentido de que “inexistiria o sobrepreço em uma proposta cujo valor global não ultrapasse os valores de mercado”. O relator, ao endossar esse entendimento, acrescentou: “não há que se falar de sobrepreço se apenas parte dos itens que compõem o preço está sendo analisada”. E mencionou decisões do Tribunal nesse sentido (Acórdãos 1.053/2009, 1.913/2011 e 3.239/2011, todos do Plenário). Divergiu, porém, da unidade técnica, em relação ao subitem 9.1.2.2 do Acórdão recorrido. Entendeu que, em respeito aos comandos contidos nos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, os quais vedam a duplicidade de pagamentos, a parcela relativa à Conservação do Canteiro de Apoio (fixado em 0,50% do custo direto da obra), deve ser expurgada do BDI, visto constar do contrato “item específico de remuneração da contratada, ... Despesas com Instalação/Manutenção de Canteiros e Acampamentos, incluso nas despesas diretas da obra”. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu conceder provimento parcial aos recursos interpostos pelos citados consórcios e excluir da decisão recorrida os subitens 9.1.1, 9.1.2 e 9.1.3 do

Acórdão recorrido que impunham ao Dnit a adoção de medidas com o intuito de expurgar parcelas integrantes dos BDI's dos citados contratos, com exceção da parcela computada em duplicidade, relativa à conservação do canteiro de apoio. **Acórdão nº 3241/2012-Plenário, TC-008.612/2007-8, rel. Min. Valmir Campelo, 28.11.2012.**

3. A exigência de apresentação de amostras em pregão presencial é admitida apenas na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar

Representação de empresa acusou supostas irregularidades na condução do Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012, realizado pela Secretaria Municipal da Educação de São Paulo, com aporte de recursos federais e que tinha por objeto a aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. Além da realização de pregão presencial em vez de sua forma eletrônica e a ausência de especificação de quantitativos dos itens a serem adquiridos, detectou-se suposta irregularidade consistente na *“exigência de amostras de todas as licitantes”*. Quanto a esse quesito do edital, a unidade técnica informou que *“A jurisprudência consolidada do TCU é no sentido de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”*. Mencionou, em seguida, deliberações que respaldam esse entendimento: Acórdãos 1.291/2011-Plenário, 2.780/2011-2ª Câmara, 4.278/2009-1ª Câmara, 1.332/2007-Plenário, 3.130/2007-1ª Câmara e 3.395/2007-1ª Câmara. O relator, em face desse e dos demais indícios de irregularidades apontados na representação determinou a suspensão cautelar do certame e a oitiva daquele órgão, decisão essa que mereceu o endosso do Plenário. Após a análise das respostas à oitiva realizada, ressaltou a unidade técnica que: *“A exigência de amostras a todos os licitantes, na fase de habilitação ou de classificação, além de ser ilegal, pode impor ônus excessivo aos licitantes, encarecer o custo de participação na licitação e desestimular a presença de potenciais interessados”*. Potenciais interessados de cidades próximas a São Paulo ou em outros Estados seriam submetidos a ônus maior, dada a necessidade de envio de representante para apresentar amostra, *“quando sequer sabem se sua proposta será classificada em primeiro lugar”*. Propôs, ao final, em razão dessa e das outras irregularidades identificadas no edital, a anulação do certame. O relator endossou a análise e as conclusões da unidade técnica. O Tribunal, então, em face dessa e de outras ocorrências, decidiu: a) assinar prazo para que a Secretaria Municipal da Educação do Município de São Paulo adote providências com o intuito de anular o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012; b) determinar a esse órgão também que, caso opte por promover nova licitação em substituição ao Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012: *“(…) observe que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que de forma previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”*. Precedentes mencionados: Acórdãos nº 1.291/2011-Plenário, nº 2.780/2011-2ª Câmara, nº 4.278/2009-1ª Câmara, nº 1.332/2007-Plenário, nº 3.130/2007-1ª Câmara e nº 3.395/2007-1ª Câmara. **Acórdão nº 3269/2012-Plenário, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012.**

4. A vigência de atas de registro de preços resultante de pregão promovido por município não pode superar o prazo de um ano, tendo em vista o disposto no inciso III, do § 3º, do art. 15 da Lei 8.666/1993

Ainda no âmbito da Representação acerca de supostas irregularidades na condução do Pregão Presencial para Registro de Preços realizado pela Secretaria Municipal da Educação de São Paulo para aquisição de suco de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado, destaque-se também a possibilidade estabelecida no edital de conferir validade da ata de registro de preços por dois anos, em aparente afronta ao disposto no inciso III, do § 3º, do art. 15 da Lei 8.666/1993. Ao examinar a resposta à oitiva acerca dessa questão, a unidade técnica considerou insatisfatórias as justificativas da Secretaria, no sentido, fundamentalmente, de que tal previsão estaria amparada pela Lei Municipal 13.278/2002 (art. 13) e pelo Decreto Municipal nº 44.279/2003 (art. 36). Observou, a esse respeito, que, *“De acordo com o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e para as empresas públicas e sociedades de economia mista”*. Lembrou que o parágrafo único desse artigo estabelece que *“Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”*. Observou também que a regra contida no inciso III do § 3º do artigo 15 da Lei Federal 8.666/1993 não pode ser flexibilizada por meio de lei municipal, *“tendo em vista que somente lei complementar pode autorizar Estados a legislar sobre questões específicas de legislações e contratos e que essa possibilidade não foi estendida aos Municípios”*. E

acrescentou: “No TC 021.269/2006-6, que tratou de consulta formulada pelo então Ministro de Estado da Saúde sobre a interpretação de dispositivos do Decreto nº 3.931/2001, alterado pelo Decreto nº 4.342/2002, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666/93, este Tribunal firmou entendimento de que o prazo de vigência da ata de registro de preços não poderá ser superior a um ano, admitindo-se prorrogações, desde que ocorram dentro desse prazo”. Portanto, a vigência da ata de registro de preços, ainda que eventualmente prorrogada, não pode superar o período de um ano. O Tribunal, então, em face dessa e de outras ocorrências, decidiu: a) assinar prazo para que a Secretaria Municipal da Educação do Município de São Paulo adote providências com o intuito de anular o Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012; b) determinar a esse órgão também que, caso opte por promover nova licitação em substituição ao Pregão Presencial para Registro de Preços nº 20/SME/DME/2012: “*abstenha-se de prever no edital a possibilidade de prorrogação da vigência das atas de registro de preço, observando que estas devem ter validade do registro não superior a um ano ...*”. Precedentes mencionados: Acórdãos nº 991/2009-Plenário, nº 3028/2010-2ª Câmara e nº 2.140/2010-2ª Câmara. **Acórdão nº 3269/2012-Plenário, TC-035.358/2012-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 28.11.2012.**

5. A revogação de ato eivado de grave irregularidade posteriormente a sua identificação pelo Tribunal não isenta o agente que o praticou de responsabilização

Auditoria realizada no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - Dnit apontou indícios de irregularidades no edital da Concorrência Pública 70/2012-1, que tem por objeto a contratação dos serviços para execução das obras de construção do Terminal Fluvial de Anori/AM. Em face de provável sobrepreço nos itens da obra e da necessidade de atualização do projeto básico do empreendimento, o Tribunal, por meio do Acórdão 1.720/2012-Plenário, suspendeu cautelarmente o certame. Promoveu, também, a audiência do então Coordenador-Geral de Custos de Infraestrutura de Transportes do Dnit, a fim de que apresente razões de justificativas acerca do relevante sobrepreço identificado no empreendimento (cerca de R\$ 3,2 milhões, frente a um valor total orçado de cerca de R\$ 11,3 milhões, o que representou 37,7% de sobrepreço). A unidade técnica informou que o Dnit, após a implementação dessas providências determinadas pelo Tribunal, decidiu revogar a referida Concorrência Pública. A despeito disso, ponderou que “*o fato novo não tem o condão de eliminar do mundo jurídico as eventuais irregularidades perpetradas pelos gestores, quando da condução daquele certame, as quais se consumam no momento da prática dos respectivos atos administrativos*”. Por esse motivo, reputou necessário dar seguimento ao feito, com o intuito de avaliar a responsabilidade subjetiva daquele agente. Posicionou-se, no entanto, favoravelmente à concessão de prazo adicional ao responsável para apresentar suas razões de justificativas. O relator, por sua vez, ratificou tal entendimento, assim como as demais conclusões da unidade técnica. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) informar à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional que não subsistem irregularidades graves com proposta de paralisação do empreendimento (IG-P); b) prorrogar o prazo para apresentação de razões de justificativas pelo referido agente (os Acórdãos 3276/2012 e 3277/2012-Plenário prolatados nessa mesma sessão revelaram solução similar a que foi objeto da deliberação ora sintetizada). **Acórdão nº 3275/2012-Plenário, TC-015.860/2012-4, rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 28.11.2012.**

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