Sessões: 31 de agosto e 1º de setembro de 2010

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 na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, 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

Garantia de contrato: impossibilidade de liberação antes do recebimento definitivo da obra.

Utilização do pregão na forma presencial: as disposições do Decreto n.º 5.450/2005 vinculam apenas o Poder Executivo Federal.

Necessidade de motivação adequada nas respostas às indagações das empresas licitantes.

Revogação X anulação de licitação: razões para cada uma e necessidade de contraditório e ampla defesa em ambas.

Auditoria em licitações e contratos:

1 - Necessidade de concessão administrativa de uso de bem público para instalação de restaurantes e lanchonetes;

2 - Necessidade de manutenção das condições pré-estabelecidas na licitação anteriormente fracassada para que se legitime a contratação direta com fundamento no art. 24, inc. V, da Lei 8.6661993;

3 - Imprescindibilidade de composição adequada da planilha de custos.

Primeira Câmara

Subcontratação parcial de serviços: desnecessidade de expressa previsão no edital ou no contrato.

PLENÁRIO

Garantia de contrato: impossibilidade de liberação antes do recebimento definitivo da obra

Recurso de revisão interposto pelo Ministério Público junto ao TCU - MPTCU contra o Acórdão 590/2005-TCU- 1ª Câmara, proferido quando da apreciação da Tomada de Contas Simplificada do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Sergipe - TRE/SE, exercício 2001, teve por intuito discutir possíveis irregularidades na gestão do Contrato nº 8/1997, firmado entre o TRE/SE e a Construtora Augusto Velloso S/A. O acordo teve por objeto a construção do edifício sede do TRE/SE. Dentre as irregularidades discutidas, uma seria a liberação da garantia contratual, sem recebimento definitivo da obra. Ouvido em audiência, o ex-Diretor-Geral do TRE/SE argumentou que o valor da garantia não cobriria os prejuízos causados e que a liberação dos valores não eximiria a empresa contratada de nenhuma responsabilidade. Aduziu, ainda, existir ação judicial do TRE/SE contra a empresa responsável pelas irregularidades, ação que, na visão do gestor, certamente seria exitosa. A unidade técnica entendeu inviáveis de aceitação as justificativas apresentadas. Registrou haver deficiências graves na execução do contrato, o que determinaria a não liberação das garantias contratuais, bem como a aplicação de penalidades à empresa. Assim sendo, propôs a irregularidade das contas do responsável, sem prejuízo da aplicação de multa. O relator concordou com a proposta da unidade técnica, destacando, em seu voto, que o ex-Diretor-Geral fora "*absolutamente imprudente*", haja vista sua decisão, "*em agosto de 2001, de liberar a garantia contratual*", mesmo diante dos problemas quanto à execução do contrato, pois "*salvaguardar o interesse público com a execução da garantia teria sido eficaz, muito embora pudesse não ter sido suficiente*". Ao final, votou pela irregularidade das contas do ex-Diretor-Geral, bem como pela aplicação de multa ao responsável. O Plenário acolheu o voto do relator. ***Acórdão n.º 2244/2010-Plenário, TC-006.395/2002-4, rel. Min. Valmir Campelo, 1º.09.2010.***

Utilização do pregão na forma presencial: as disposições do Decreto n.º 5.450/2005 vinculam apenas o Poder Executivo Federal

Representação formulada ao TCU apontou como possível irregularidade cometida pelo pregoeiro do Conselho

Nacional de Justiça (CNJ) a utilização do pregão na forma presencial, em detrimento da forma eletrônica, situação que consistiria em afronta ao art. 4º, *caput* e § 1º, do Decreto n.º 5.450/2005. Em seu voto, o relator manifestou concordância com o entendimento do Ministério Público junto ao TCU, no sentido de que o Decreto n.º 5.450/2005 vincula apenas o Poder Executivo Federal, não havendo amparo legal para sua imposição a órgão do Poder Judiciário. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu expedir recomendação ao Presidente da Comissão Permanente de Licitações do CNJ para que, em futuras licitações destinadas à contratação de bens e serviços de tecnologia da informação comuns, utilize a modalidade pregão na forma eletrônica, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade, motivando expressamente a opção pelo pregão presencial, sob pena de se configurar possível ato de gestão antieconômico. ***Acórdão n.º 2245/2010-Plenário, TC- 001.634/2010-0-4, rel. Min. Valmir Campelo, 1º.09.2010.***

Necessidade de motivação adequada nas respostas às indagações das empresas licitantes

Representação formulada ao TCU trouxe notícias acerca de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão 58/2009, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e cujo objeto constituiu-se na "*aquisição de soluções de armazenamento de dados de alta disponibilidade e de* ***backup****, incluindo garantia, treinamento e suporte técnico para as soluções, conforme especificações e condições estabelecidas*". Uma dessas irregularidades seria o oferecimento de respostas insuficientes e inadequadas, pelo CNJ, às consultas e solicitações de esclarecimentos realizadas durante o processo licitatório. Em seu voto, o relator destacou que "*toda decisão tomada pelo gestor há de ser devidamente motivada e justificada*". Ao concordar com a unidade técnica quanto à evasividade das respostas do CNJ, o relator registrou, ainda, que,"*no caso de existir alguma dúvida, esta deve ser sanada da melhor forma possível, pois é um indicativo de que as informações podem não estar tão claras e pormenorizadas quanto se imaginava ao elaborar as regras do certame*. Desse modo, votou, neste ponto, pela procedência da representação, no que foi acompanhado pelo Plenário. Assim, o Tribunal, na espécie, ementou o entendimento de que, "*em cumprimento ao Princípio da Publicidade contido no* ***caput*** *do art. 3º, bem como no inciso VIII do art. 40, ambos da Lei nº 8.666/1993, o órgão não deve responder de modo inadequado e insuficiente às consultas e solicitações de esclarecimentos realizadas pelas empresas durante o processo licitatório, evitando respostas genéricas*". ***Acórdão n.º 2245/2010-Plenário, TC-001.634/2010-0, rel. Min. Valmir Campelo, 1º.09.2010.***

Revogação X anulação de licitação: razões para cada uma e necessidade de contraditório e ampla defesa em ambas

Em sede de processo de Representação, foi informada ao TCU a ocorrência de possíveis irregularidades na Concorrência n° 1/2005 , realizada pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), objetivando a contratação de empresa para prestação de serviços de guarnição de portarias. Uma delas seria a revogação imotivada do processo licitatório em questão. Ao examinar a matéria, a unidade técnica destacou que em parecer que consta dos autos mencionam-se alguns dos possíveis motivos para a revogação da licitação em epígrafe: *"valor orçado para os serviços; a falta de composição de custos unitários na planilha orçamentária; o aumento no custo da mão-de-obra e a inexistência de menção dos locais e quantidades de porteiros que os guarnecerão"*. Ainda para a unidade técnica, os fatos elencados para o desfazimento da licitação levariam, então, à anulação desta, e não à sua revogação. Além do mais, na visão da unidade técnica, também não fora cumprido o comando constante do art. 49, § 3°, da Lei n° 8.666/1993, uma vez que não se ofereceu aos eventuais interessados o direito ao contraditório e à ampla defesa, quando da extinção do certame. No voto, o relator, ao manifestar sua concordância com a análise da unidade técnica, considerou que a revogação ocorrera de forma totalmente irregular, uma vez que "*a motivação apresentada pelo responsável não respaldaria a revogação do certame, mas a sua anulação, tendo em vista a ocorrência das ilegalidades detectadas. Além disso, não foi concedido ao licitante o direito ao contraditório e à ampla defesa*". Ainda em face da situação, o relator destacou que "*a jurisprudência desta Corte de Contas é segura no sentido de que, na hipótese de desfazimento do processo licitatório, por revogação ou anulação, assegura-se ao licitante vista dos autos e direito ao contraditório e à ampla defesa*". Assim, por esta e outras razões, votou pela aplicação de multa aos responsáveis, o que foi acolhido pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2211/2010-Plenário, TC-019.201/2005-4, rel. Min. Augusto Nardes, 1º.09.2010.***

Auditoria em licitações e contratos: 1 - Necessidade de concessão administrativa de uso de bem público para instalação de restaurantes e lanchonetes

Em auditoria realizada na Diretoria Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do Estado do Rio Grande do Sul (EBCT/DR/RS), com o intuito de se verificar a legalidade dos processos de licitações e contratos

realizados pela entidade, diversas possíveis irregularidades foram observadas pela equipe. Uma destas seria a contratação de empresa, por intermédio de pregão, para prestação de serviços de fornecimento de lanches e refeições, com o uso de bem público para tanto, o que estaria em contraposição ao entendimento do TCU de que a modalidade de outorga aplicável a restaurantes e lanchonetes é a concessão administrativa de uso de bem público. Ao ser ouvido em audiência, o responsável alegou que "*a referida contratação foi regularmente precedida de licitação e que o erro ocorreu apenas no tocante à formalização do instrumento jurídico utilizado para a contratação*", o que foi aceito pelo relator, o qual, todavia, consignou que o "*TCU mantém entendimento de que a modalidade de outorga aplicável à concessão de área destinada à exploração de restaurantes e lanchonetes é a concessão administrativa de uso de bem público*". Desse modo, na linha do proposto pela equipe de auditoria, votou pela expedição de determinação corretiva à EBCT/DR/RS, de modo a evitar tal ocorrência em situações futuras, no que foi acompanhado pelo Plenário. Precedentes citados: Decisões nº 585/1997 e nº 17/2001 e Acórdãos nº 2289/2005 e nº 1443/2006, todos do Plenário. ***Acórdão n.º 2219/2010-Plenário, TC-005.383/2007-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 1º.09.2010.***

Auditoria em licitações e contratos: 2 - Necessidade de manutenção das condições pré-estabelecidas na licitação anteriormente fracassada para que se legitime a contratação direta com fundamento no art. 24, inc. V, da Lei 8.6661993

Ainda na auditoria realizada na Diretoria Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do Estado do Rio Grande do Sul (EBCT/DR/RS), outra possível irregularidade detectada fora a realização da Dispensa de Licitação 59/2007, que resultou na contratação de posto de abastecimento para veículos lotados nas unidades de Canoas/RS. Conforme a unidade instrutiva, em duas licitações anteriores, fracassadas, previu-se a distância máxima de 3,5 km de raio a partir da unidade de Canoas – RS para a localização do posto a se responsabilizar pelo abastecimento. Em seguida, ocorrera a contratação, por dispensa de licitação, de um posto localizado a 10 km da referida unidade, não se observando, portanto, as condições pré-estabelecidas nas licitações fracassadas anteriormente, em descumprimento ao estatuído no inciso V do art. 24 da Lei 8.666/93. Nos argumentos apresentados pelo responsável, ouvido em audiência, constou o de que "*não havia mais tempo hábil para uma terceira tentativa de instauração de procedimento licitatório, e, caso não houvesse a dispensa de licitação, haveria prejuízos para a ECT*". Em sua análise, a unidade técnica destacou que não fora formulado, pelo TCU, questionamento quanto à necessidade de realizar a dispensa de licitação, mas sim "*quanto ao critério de escolha do fornecedor, que deveria ter observado as mesmas condições da licitação. É possível que, caso admitida no certame a participação de estabelecimentos situados dentro do raio em que se encontra a empresa contratada por dispensa (10 km), as licitações não teriam sido desertas*". A respeito da situação, o relator ressaltou que "*o responsável não apresentou justificativa, não demonstrando porque na licitação se estabeleceu um raio de 3,5 Km e na dispensa um raio bem maior, de 10 Km*". Ao final, o relator votou pela não aplicação de multa ao responsável, sem prejuízo da expedição de determinação corretiva para futuras licitações a serem promovidas pela EBCT/DR/RS, o que foi aprovado pelo Plenário. ***Acórdão n.º 2219/2010-Plenário, TC-005.383/2007-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 1º.09.2010.***

Auditoria em licitações e contratos: 3 - Imprescindibilidade de composição adequada da planilha de custos

Na mesma auditoria realizada na Diretoria Regional da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos do Estado do Rio Grande do Sul (EBCT/DR/RS), outra possível irregularidade observada pela equipe de auditoria ocorrera no Pregão Eletrônico nº 56/2006, destinado à locação temporária de furgões, e no qual foram admitidas planilhas de custos apresentadas pelas licitantes de modo inconsistente. Ilustrativamente, a unidade técnica informou que, nas propostas apresentadas, a participação do item combustível, no preço de uma diária contemplando 150 km de rodagem, variou de R$ 2,36 a R$ 60,00, e as despesas administrativas a serem incorridas, também em uma diária, oscilaram de R$ 4,00 a R$ 70,00. O responsável, ouvido em audiência, argumentou, essencialmente, que "*a planilha de formação de custos é apresentada após a assinatura do contrato, não influindo no critério de julgamento*", e que "*o reajuste contratual é feito com base em índice pré-estabelecido no contrato, assim, somente no caso de reequilíbrio econômico-financeiro a composição de custos seria relevante*". A unidade técnica, ao refutar os argumentos apresentados, consignou que, "*nos contratos de prestação de serviços de duração continuada, este Tribunal não tem admitido a utilização de índices de reajuste gerais, devendo-se adotar a sistemática de repactuação com base nas variações dos custos dos serviços contratados*". Desse modo, para a unidade técnica, "*as planilhas de formação de custo não têm o caráter secundário apregoado pelo responsável e devem ser detidamente analisadas com vistas a permitir que a repactuação ocorra sem prejuízo para a administração*". O relator, ao concordar com os exames da unidade

técnica e respaldando-se em decisão anterior do Tribunal, registrou que "*às estatais também é vedada a estipulação de cláusula de reajuste nos contratos de prestação de serviço de duração continuada. Desse modo, devem as empresas repactuar os valores contratados se houver variação nos custos dos serviços. Vale dizer que o contrato não deve definir*, a priori, *nenhuma forma de reajuste ou de repactuação. As alterações dos valores contratados serão objeto de negociação entre as partes. Para tanto, devem ser considerados os diversos itens que afetam a composição dos custos dos serviços prestados*.". Ao final, o relator votou pela não aplicação de multa ao responsável, sem prejuízo da expedição de determinação corretiva para futuras licitações a serem promovidas pela EBCT/DR/RS, o que foi aprovado pelo Plenário. Precedente citado: Acórdão 1374/2006-Plenário. ***Acórdão n.º 2219/2010-Plenário, TC-005.383/2007-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 1º.09.2010.***

PRIMEIRA CÂMARA

Subcontratação parcial de serviços: desnecessidade de expressa previsão no edital ou no contrato

"*A subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato, bastando apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos, entendimento que se deriva do art. 72 da Lei 8.666/1993 e do fato de que, na maioria dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração*". Foi essa a conclusão a que chegou o TCU ao apurar, mediante inspeção, potenciais irregularidades relativas a contrato de transporte escolar firmado entre o Município de Cajueiro, em Alagoas, e a empresa Multiservice Consultoria e Serviços Ltda., contrato esse custeado com recursos de origem federal. Entre as supostas irregularidades levantadas, mereceu destaque a "*subcontratação dos serviços adjudicados, sem previsão editalícia e contratual*". O responsável, ao ser ouvido em audiência a respeito da subcontratação, informou que "*esta não foi vedada, ou mesmo permitida no edital da licitação, de tal sorte que a omissão do instrumento convocatório, pela sua subordinação integral aos termos da Lei 8.666/93, remete-nos à aplicação dos termos dispostos em seu art. 72, que prevê tal possibilidade*". Noutros termos, como a subcontratação não havia sido vedada, o responsável concluiu que a mesma poderia ser feita, mesmo sem expressa previsão editalícia. A unidade técnica, ao examinar a matéria, entendeu que as justificativas apresentadas não deveriam ser aceitas, uma vez que "*O art. 72 da Lei 8.666/93 prescreve que o contratado poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração; ou seja, há a necessidade de se estabelecer previamente as condições para a adoção do regime de subcontratação.* (...) *caberia ao órgão contratante impedir que terceiros estranhos ao contrato executassem os serviços licitados, sendo motivo para rescisão do ajuste a subcontratação total ou parcial do seu objeto, quando não admitidas no ato convocatório e no instrumento contratual firmado, de acordo com o prescrito no art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93*". Em conclusão, a unidade técnica afirmou que, "*nos contratos firmados com a Administração Pública, é vedada a subcontratação quando não prevista no Edital e no respectivo Contrato, sendo, nesse caso, intransferíveis as obrigações e responsabilidades contraídas pelo licitante vencedor, o que não foi obedecido na ocorrência ora analisada*". O relator dissentiu do encaminhamento dado pela unidade técnica. Para ele, no caso em exame, "*a subcontratação parcial de serviços contratados não necessita ter expressa previsão no edital ou no contrato. Basta apenas que não haja expressa vedação nesses instrumentos*". Essa seria a interpretação a ser feita do art. 72 da Lei 8.666/1993, pois, na visão do relator, "*na maior parte dos casos, a possibilidade de subcontratação deve atender a uma conveniência da administração, diante da multiplicidade de circunstâncias que podem surgir na execução do contrato*". Assim, quanto a este ponto, entendeu não haver gravidade na conduta adotada pelo responsável que justificasse o seu sancionamento. Todavia, em razão de descumprimento reiterado de diligências promovidas pelo Tribunal, entendeu ter havido dano efetivo ao andamento normal do presente processo de controle. Por conseguinte, votou pela aplicação de multa ao responsável em razão de tal fato, o que foi acolhido pelo Colegiado. ***Acórdão n.º 5532/2010-1ª Câmara, TC-004.716/2008-2, rel. Min. Augusto Nardes, 31.08.2010.***

Responsáveis pelo Informativo:
Elaboração: *Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.*
Revisão: *Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.*
Contato: infojuris@tcu.gov.br