

Sessões: 14 e 15 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**

Utilização preferencial e não obrigatória do pregão, em sua forma eletrônica, pelo ente público conveniente.

Imposição, durante a execução do contrato, da adoção do preço considerado de mercado para os itens que tiverem quantitativos majorados e cujos preços já estejam superestimados.

A autorização editalícia para a formação de consórcios não afasta eventual restrição à competitividade evidenciada pelo não parcelamento do objeto licitado.

Pregão para prestação de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento de obras portuárias.

Irregularidades contratuais:

1 - A suspensão do contrato impossibilita a produção de efeitos jurídicos, não alterando, no entanto, a vigência contratual;

2 - A cessão de direitos, com a consequente sub-rogação da contratada, contraria a Lei n.º 8.666/93.

Primeira Câmara

Pregão: uso indevido da denominação “projeto básico” em substituição a “termo de referência”.

Segunda Câmara

Contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação:

1 - Serviços contínuos X serviços de natureza singular;

2 - Responsabilidade, perante o TCU, do parecerista jurídico e daqueles que decidem com base em parecer no qual se defende tese flagrantemente ilegal.

PLENÁRIO**Utilização preferencial e não obrigatória do pregão, em sua forma eletrônica, pelo ente público conveniente**

Denúncia formulada ao TCU indicou possíveis irregularidades no Pregão Presencial para Registro de Preços n.º 151/2009, realizado pela Secretaria Adjunta de Compras e Licitações Públicas do Acre – com recursos federais repassados mediante convênios –, tendo por objeto a aquisição de equipamentos de informática e eletroeletrônicos. Quanto à aquisição de ‘notebook corporativo’, foi apontada a “ausência da utilização do pregão na forma eletrônica, em desacordo com o art. 1º, §1º e §2º, do Decreto nº 5.504/2005”. Em seu voto, o relator assinalou que, de acordo com o conteúdo das aludidas disposições normativas, a utilização do pregão eletrônico, no caso concreto, é preferencial e não obrigatória, cabendo ao gestor apenas justificar a utilização do pregão presencial. Considerou, portanto, razoáveis os argumentos aduzidos pelos responsáveis, no sentido de que “o pregão presencial está regulamentado no Estado do Acre por meio do Decreto nº 12.472/2005, enquanto que, para o pregão eletrônico, ainda não existe regulamentação estadual específica para respaldar as decisões das autoridades superiores. Não obstante, todos os editais das licitações realizadas no Estado merecem ampla publicidade, por intermédio da rede mundial de computadores (WEB portal do governo do Acre: www.ac.gov.br/licitações).”. Além disso, os instrumentos de convênio que serviram de suporte para as despesas do pregão não previram a obrigatoriedade da utilização de pregão eletrônico, até porque “não poderia

*ser de forma diferente, pois se o decreto que rege a matéria não fez tal exigência, não poderiam normas de hierarquia inferior dispor de forma diversa”. Ao final, o relator concluiu que a suposta irregularidade não restou configurada, no que foi acompanhado pelos demais ministros. **Acórdão n.º 2433/2010-Plenário, TC-009.046/2010-0, rel. Min. Benjamin Zymler, 15.09.2010.***

Imposição, durante a execução do contrato, da adoção do preço considerado de mercado para os itens que tiverem quantitativos majorados e cujos preços já estejam superestimados

Relatório de auditoria nas obras de implantação do Perímetro Irrigado “Platôs de Guadalupe”, no Estado do Piauí, concluiu que a “*planilha de serviços e preços unitários*” não apresentava sobrepreço global, mas alguns itens específicos estariam visivelmente superestimados, quando confrontados com os referenciais utilizados pelos auditores. Em consequência, a equipe propôs que o Tribunal expedisse determinação ao Departamento Nacional de Obras contra as Secas (Dnocs) no sentido de que, “*na eventual necessidade de aditamento contratual para acréscimo ou supressão de quantitativos, quantifique os reflexos das alterações no desconto global advindo da licitação, incluindo valor compensatório, diminutivo, do novo valor do contrato, de forma a manter o desconto global inicial*”. Em seu voto, o relator constatou que tal proposta estaria vinculada ao que se convencionou chamar de ‘método dos balanços’, segundo o qual a simples redução de quantitativos de serviço cujos preços estejam abaixo dos de mercado gera a presunção de crédito da União junto à contratada. Todavia, seguindo as conclusões expostas no voto condutor do Acórdão n.º 1.715/2004-Plenário, “*não é necessário que se calcule o desconto perdido por via das diminuições e supressões de quantitativos, a não ser que não haja qualquer justificação técnica para esse fato, evidenciando a prática do malfadado jogo de planilha*”. Nesse sentido, concluiu o relator que, se as alterações são tecnicamente recomendadas e justificadas, “*basta que se imponha ao gestor adotar o preço considerado de mercado para os itens que terão quantitativos majorados e cujos preços já estejam sobreprecificados em relação ao mercado*”. Nos termos do voto do relator, o Plenário decidiu determinar ao Dnocs que, em caso de aditivos contratuais que incluam novos serviços ou que aumentem o quantitativo de itens de serviços em relação ao estabelecido originalmente, “*atente para a necessidade de que os preços a serem estipulados para os quantitativos adicionais deverão corresponder aos preços de mercado, aferidos por meio de sistemas referenciais de preços idôneos*”. **Acórdão n.º 2384/2010-Plenário, TC-013.641/2010-7, rel. Min. Augusto Nardes, 15.09.2010.**

A autorização editalícia para a formação de consórcios não afasta eventual restrição à competitividade evidenciada pelo não parcelamento do objeto licitado

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades no edital da Concorrência n.º 174/2010, realizada pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), merecendo destaque a “*aglutinação, em objeto único, de serviços de diferentes naturezas, que deveriam ser objeto do parcelamento previsto no art. 23, §1º da Lei 8.666/93*”. O relator assinalou que, de fato, a licitação concentra, em objeto único, grupos de serviços distintos, a saber: 1º) controle patrimonial e contábil de bens; 2º) implementação de sistema informatizado; e 3º) serviços técnicos especializados, caracterizados por assessorias, estudos e pareceres. Ainda que todos os serviços sejam pertinentes à gestão do patrimônio ferroviário do DNIT, suas naturezas distintas “*impõem o parcelamento versado no §1º do art. 23 da Lei 8.666/93*”. Embora o DNIT tenha contra-argumentado que o edital admite a participação de consórcios, o relator concluiu que, no caso concreto, essa solução restringe a competitividade. Primeiro, porque existem muitas empresas no mercado que, apesar de possuírem condições de executar os serviços se estes forem parcelados, não possuem suficiente grau de articulação com empresas de ramos distintos para formarem consórcios. Esse fato, por si só, “*já reduz o número potencial de empresas concorrentes*”. Segundo, porque, não obstante a opção pelo consórcio ser uma faculdade da Administração, tal escolha se justifica apenas sob certas circunstâncias, quando necessário aumentar a competitividade do certame, em face da complexidade dos serviços pretendidos ou das peculiaridades do mercado, premissas que, segundo o relator, não se fazem presentes no caso concreto. Em seu voto, ressaltou, ainda, não estar a reprovar a admissão de consórcios na licitação sob exame, sustentando apenas que essa solução, alegada pelo DNIT como fator de compensação às exigências editalícias e à aglutinação dos serviços em objeto único, não afasta a necessidade de parcelamento do objeto pretendido. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu determinar ao DNIT que “*adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, no tocante à Concorrência 174/2010, de modo a sanear as irregularidades apontadas na presente Representação, informando a este Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência, sobre as providências adotadas*”. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 280/2010 e 2.295/2005, ambos

do Plenário. *Acórdão n.º 2395/2010-Plenário, TC-016.449/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.09.2010.*

Pregão para prestação de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento de obras portuárias

O relator comunicou ao Plenário haver revogado medida cautelar que determinara a suspensão, pela Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa), dos atos referentes ao Pregão Eletrônico n.º 033/2010, destinado à contratação de empresa para prestação de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do cais comercial do porto de Vitória/ES. Por entender, em sede de cognição sumária, não restar evidenciada a natureza comum do objeto do certame, o que justificaria a adoção do pregão, o relator determinou a suspensão cautelar da licitação e a oitiva dos responsáveis (decisão noticiada no Informativo/TCU n.º 20). Considerando a natureza da matéria, o relator julgou prudente ouvir a unidade técnica do TCU responsável pela fiscalização de obras portuárias, que assim se posicionou, em síntese: *“Em manifestação recebida, afirmou-se que este TCU vem contratando o serviço de apoio à fiscalização de suas obras em todo o território nacional por meio de pregão eletrônico. No entanto, convém notar que não se vislumbra qualquer similaridade entre o serviço contratado por este Tribunal (apoio à fiscalização de obras promovidas pelo TCU em todo território nacional) e aquele pretendido pela Codesa (execução de serviços técnicos de gerenciamento, supervisão, apoio à fiscalização e acompanhamento das obras de reforma, alargamento e ampliação dos berços 101 e 102 do Cais Comercial do Porto de Vitória/ES), posto que o objeto do pregão eletrônico realizado pelo TCU trata de fiscalização de obras de edificação de forma geral, e aquele promovido pela Codesa aborda gerenciamento, supervisão, fiscalização e acompanhamento de obra portuária. Ante a natureza complexa do objeto em análise e o seu não enquadramento no conceito de serviço comum, conclui-se que a Codesa estaria impedida de valer-se unicamente do critério de menor preço para escolha da proposta mais vantajosa, regente da modalidade pregão. Contudo, tendo em vista o posicionamento deste Tribunal ao analisar os casos concretos, entende-se que não se deve suspender o processo de licitação em razão de o procedimento licitatório não haver provocado restrição à competitividade nem prejuízo para a Administração.”*. Acolhendo a manifestação da unidade técnica, e a fim de embasar a sua decisão, o relator ressaltou a presença de **periculum in mora** reverso, decorrente do início das obras do porto. O Plenário referendou a revogação da cautelar. Precedente citado: *Acórdão n.º 1.908/2008-Plenário. Decisão monocrática no TC-013.796/2010-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 15.09.2010.*

Irregularidades contratuais: 1 - A suspensão do contrato impossibilita a produção de efeitos jurídicos, não alterando, no entanto, a vigência contratual

Solicitação do Congresso Nacional motivou a realização de inspeção destinada a verificar, entre outros itens, se a decisão da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) de rescindir o Contrato n.º 031-88/DT, tendo por objeto a modernização de trens elétricos, contrariou a Lei n.º 8.666/93 ou qualquer outro normativo legal aplicável à espécie. Ao historiar os fatos, o relator destacou que, diante da falta de cumprimento, por parte da contratada, da obrigação de entregar cinco trens modernizados até 17/01/2003, bem como da ausência de orçamento para fazer frente a todas as despesas contratuais, a CBTU decidiu, unilateralmente, *“paralisar o ajuste”*, por meio do 9º Termo Aditivo (TA), datado de 30/06/2004. A suspensão perdurou até 2007, quando a CBTU, acolhendo parecer da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades (Conjur/MC), considerou extinto o Contrato n.º 031-88/DT. O entendimento da Conjur/MC, ao reconhecer a impossibilidade jurídica de continuação da avença, baseou-se, em síntese, no fato de o 8º TA haver prorrogado a vigência do contrato até 17/01/2004, sendo que o 9º TA somente fora firmado em 30/06/2004. Irresignada com tal entendimento, a contratada interpôs recurso junto à CBTU, oportunidade em que foi solicitado novo parecer da Conjur/MC. O relator ressaltou que este último parecer deixou bem evidenciado, em relação aos negócios jurídicos, a existência de três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Em resumo, *“a vigência se refere ao plano da existência do ato, enquanto a validade decorre de sua conformação ao direito e a eficácia consubstancia a aptidão para a produção de efeitos jurídicos válidos, não havendo necessariamente vinculação entre esta e aquelas. Exemplificativamente, um contrato com cláusula de condição suspensiva subordinando determinado efeito, desde que constituído de acordo com as normas jurídicas aplicáveis à espécie, é existente, válido e ineficaz em relação àquele efeito até que ocorra o implemento da condição.”*. Dessa maneira, o relator concluiu que a suspensão contratual levada a efeito pela CBTU, em 2003, atingiu o plano da eficácia do Contrato n.º 031-88/DT, impossibilitando a produção de efeitos jurídicos, *“não alterando, contudo, per se, a vigência contratual, intimamente ligada à existência do ajuste”*. Para o relator, a decisão da

CBTU teve, em verdade, caráter meramente declaratório, uma vez que, de fato, não ocasionou a extinção da avença, mas apenas reconheceu a sua ocorrência, a qual se deu em função do término de sua vigência. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, o Plenário decidiu informar ao Senado Federal que a decisão da CBTU de considerar extinto o Contrato n.º 031-88/DT não contrariou a Lei n.º 8.666/93 ou qualquer outro normativo legal relacionado à matéria. **Acórdão n.º 2406/2010-Plenário, TC-013.725/2010-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.09.2010.**

Irregularidades contratuais: 2 - A cessão de direitos, com a consequente sub-rogação da contratada, contraria a Lei n.º 8.666/93

Ainda com relação ao Contrato n.º 031-88/DT, celebrado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) com vistas à modernização de trens elétricos, foi identificado que, por meio do 6º Termo Aditivo, a contratante, atendendo ao pedido da Cobrasma S.A., formalizou a cessão dos direitos e obrigações desta empresa para a Trans Sistemas de Transportes S.A. (T'Trans). Para o relator, a cessão de direitos ocorrida no âmbito do Contrato n.º 031-88/DT, com a consequente sub-rogação da Cobrasma pela T'Trans, contraria a Lei n.º 8.666/93, nos termos da jurisprudência do TCU. A Consultoria Jurídica da CBTU foi favorável ao pleito da Cobrasma S.A., sob o fundamento, em síntese, de que o art. 68, VI, do Decreto-Lei n.º 2.300/86, a seguir transcrito, possibilitava a citada transferência contratual: *“Art. 68. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, exceto se admitida no edital e no contrato ou obtida prévia autorização escrita da Administração;”*. Segundo o relator, o aludido dispositivo não dá ensejo a que determinada empresa contratada – pela via da licitação – seja substituída por outra que não logrou vencer o certame, uma vez que *“tal manobra implica, em resumo, burla ao dever de licitar, insculpido no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal”*. Não por outro motivo, ressaltou o relator, o TCU já se posicionou no sentido de que, mesmo na vigência do Decreto-Lei n.º 2.300/86, a cessão total do contrato administrativo era indevida e ilegal. No caso concreto, o relator deixou de propor medidas adicionais no sentido de apurar a responsabilidade pela irregularidade, tendo em vista que o fato ocorreu em época pretérita (ano de 2000) àquela em que o TCU firmou entendimento pela *“impossibilidade da transferência contratual via cessão contratual”* (ano de 2002). O Plenário acolheu a manifestação do relator. Precedentes citados: Decisões n.ºs 420/2002 e 119/2000, ambas do Plenário; Decisão n.º 129/2002-1ª Câmara. **Acórdão n.º 2406/2010-Plenário, TC-013.725/2010-6, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 15.09.2010.**

PRIMEIRA CÂMARA

Pregão: uso indevido da denominação “projeto básico” em substituição a “termo de referência”

Por meio do Acórdão n.º 1.063/2010-1ª Câmara, prolatado em processo de representação contra possíveis irregularidades no âmbito do Pregão Eletrônico n.º 460/2009, o Tribunal recomendou à Amazonas Distribuidora de Energia S.A. que, na fase preparatória da licitação na modalidade pregão eletrônico, elabore termo de referência, conforme previsto no art. 9º, inciso I, do Decreto n.º 5.450/2005. Tal recomendação decorreu da constatação da ocorrência de impropriedade formal, caracterizada pelo uso indevido da denominação ‘projeto básico’ em substituição a ‘termo de referência’, sendo esta a nomenclatura empregada pelo decreto regulamentador do pregão. Alegando haver obscuridade e omissão no referido **decisum**, a entidade opôs embargos de declaração. Em seu voto, o relator do recurso observou que, embora constasse do projeto básico anexado ao edital do Pregão Eletrônico n.º 460/2009 os elementos que deveriam integrar o termo de referência, merecia, sim, prosperar a recomendação sugerida pela unidade técnica na instrução da representação em foco, uma vez que a Administração deve utilizar os *“termos peculiares à modalidade de licitação que estiver processando”*. Acolhendo o voto do relator, a Primeira Câmara decidiu negar provimento aos embargos, mantendo, em seus exatos termos, o acórdão recorrido. **Acórdão n.º 5865/2010-1ª Câmara, TC-003.406/2010-5, rel. Min. José Múcio Monteiro, 14.09.2010.**

SEGUNDA CÂMARA

Contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação: 1 - Serviços contínuos X serviços de natureza singular

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades perpetradas pela administração do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea). Mereceu destaque a contratação de escritório de advocacia mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93, visando à prestação de serviços de consultoria e assessoramento relacionados aos pleitos eleitorais de todo o sistema Confea. Conquanto os responsáveis tenham demonstrado satisfatoriamente, em suas razões de justificativa, a notória especialização do escritório de advocacia contratado, o relator considerou que a defesa apresentada não logrou êxito em demonstrar a singularidade do objeto da avença. Julgou, ainda, oportuno destacar os seguintes pontos da análise da unidade técnica: 1º) mediante o Acórdão n.º 63/2007-Plenário, o TCU já havia endereçado determinações ao Confea no sentido de que se abstivesse de celebrar contratos dessa natureza sem o devido procedimento licitatório; 2º) a despeito da determinação proferida no referido aresto, o Confea firmou novo contrato, em 31/12/2008, mediante inexigibilidade de licitação, com o mesmo escritório de advocacia que já se encontrava prestando serviços à entidade; 3º) embora se refiram a matéria eleitoral, os serviços de advocacia contratados pelo Confea envolvem um grande número de atividades, fato que corrobora a ausência de singularidade do objeto da avença; 4º) os serviços de advocacia em tela vêm sendo prestados pela mesma contratada há 15 anos, sempre mediante inexigibilidade de licitação; e 5º) os pleitos eleitorais do Confea são realizados anualmente, demonstrando tratar-se de atividade rotineira inerente ao funcionamento da entidade, “*o que desabona, também, a tese de singularidade do objeto*”. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu aplicar multa aos responsáveis. **Acórdão n.º 5318/2010-2ª Câmara, TC-030.816/2007-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 14.09.2010.**

Contratação de serviços advocatícios por inexigibilidade de licitação: 2 - Responsabilidade, perante o TCU, do parecerista jurídico e daqueles que decidem com base em parecer no qual se defende tese flagrantemente ilegal

No que se refere à identificação das responsabilidades dos gestores do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea) acerca da contratação supostamente irregular de escritório de advocacia, mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93, visando à prestação de serviços de consultoria e assessoramento relacionados aos pleitos eleitorais de todo o sistema Confea, o relator assinalou que os gestores ouvidos em audiência atuaram decisivamente na consumação do ato inquinado, uma vez que, na condição de membros do Conselho Diretor, do Plenário (Conselho Eleitoral Federal – CEF), ou de pareceristas jurídicos, manifestaram-se, de maneira inequívoca, em favor da contratação irregular. O relator esclareceu que, desde o início das tratativas no âmbito da administração do Confea, a Procuradoria Jurídica da entidade alertou os membros do CEF da existência do Acórdão n.º 63/2007-Plenário, o qual impedia a prorrogação do contrato examinado nos autos. O relator observou que, mesmo diante de expressa determinação do TCU em desfavor da contratação por inexigibilidade de escritório de advocacia naquelas condições, o parecerista jurídico se manifestou em prol dessa possibilidade, tendo solicitado ao CEF, inclusive, a indicação do profissional a ser contratado. Observou também que, ao fundamentar seu posicionamento, o parecerista jurídico construiu argumentação contraditória, isso porque, embora tenha afirmado ser impossível a prorrogação do contrato existente, dada a ausência dos requisitos para a contratação por inexigibilidade, no mesmo parecer declarou ser possível a celebração de novo contrato por igual fundamento, desde que preenchidos os mesmos requisitos jurídicos que o TCU já havia entendido inexistentes na contratação original. Diante dessa manifestação, o CEF, mediante deliberação unânime, indicou à Procuradoria Jurídica o nome do mesmo escritório de advocacia que já se encontrava prestando serviços ao Confea. E, em face da indicação do CEF, a Procuradoria Jurídica emitiu novo parecer favorável à contratação. A partir da atuação da Procuradoria Jurídica e do CEF, o Conselho Diretor do Confea aprovou a contratação do escritório de advocacia indicado, culminando na celebração do referido instrumento. O relator entendeu que todo o procedimento que levou à contratação do escritório de advocacia em comento, por inexigibilidade, teve origem em erro grosseiro praticado no âmbito da administração do Confea, com indícios de prática de ato doloso ou de má-fé, dado que, mesmo citando a deliberação do TCU que proibiu expressamente a prorrogação do referido contrato, os órgãos diretivos daquele conselho praticaram a irregularidade em apreço, concorrendo decisivamente para o descumprimento do aludido **decisum**, com base em tese absolutamente desprovida de fundamentação jurídica. Além da aplicação de multa aos responsáveis, o relator julgou oportuno o envio de “*cópia da deliberação a ser proferida*” à Procuradoria da República no Distrito Federal, com vistas ao

ajuizamento das ações cabíveis, tendo em vista que as irregularidades apuradas constituem indícios de crime, a teor do disposto no art. 89 da Lei n.º 8.666/93. A Segunda Câmara acolheu a proposição do relator. **Acórdão n.º 5318/2010-2ª Câmara, TC-030.816/2007-2, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 14.09.2010.**

Responsáveis pelo Informativo:

Elaboração: Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões

Revisão: Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br