

Sessões: 8 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

Primeira Câmara

1. A exigência de loja física em determinada localidade para prestação de serviços de agenciamento de viagens, com exclusão da possibilidade de prestação desses serviços por meio de agência de virtual, afronta o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993.

Plenário

2. A opção por orçamento aberto ou fechado em licitação regida pelo RDC insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. A adoção do orçamento fechado, em obras com parcela relevante dos serviços sem referências de preços nos sistemas Sicro ou Sinapi, tende a elevar o risco de retardo na conclusão do empreendimento.

3. A Tabela elaborada pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - Cmed do Ministério da Saúde apresenta, para diversos medicamentos, preços referenciais superiores aos dos preços de mercado. A aquisição de medicamentos por preço excessivo, ainda que inferior ao constante da citada tabela, pode dar ensejo à responsabilização do agente causador do prejuízo.

4. A realização do ENEM pode ser contratada diretamente, com suporte no comando contido no artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993. Com o intuito de fomentar o mercado e afastar os riscos inerentes às contratações sucessivas de uma mesma prestadora de serviços, impõe-se o rodízio das empresas contratadas.

5. O acompanhamento da avaliação efetuada pela Administração acerca de protótipo exigido em licitação configura direito do licitante. A supressão dessa faculdade pode ser relevada quando, sob o aspecto substancial, os critérios adotados pela Administração se revelarem adequados.

Inovação Legislativa

Decreto nº 7.840, de 12/11/2012,

Decreto nº 7.843, de 12/11/2012

PRIMEIRA CÂMARA

1. A exigência de loja física em determinada localidade para prestação de serviços de agenciamento de viagens, com exclusão da possibilidade de prestação desses serviços por meio de agência de virtual, afronta o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993

Representação de empresa apontou irregularidades no Pregão Eletrônico nº 03/2012, conduzido pelo Centro Nacional de Pesquisa de Gado de Corte da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária visando a contratação de serviços de agenciamento de viagens. Dessa licitação resultou a celebração, em 18/4/2012, de contrato com vigência prevista para 12 meses. A autora da representação insurgiu-se contra a seguinte exigência: “*2.1.1. Manter, em Campo Grande, MS, à disposição da Embrapa Gado de Corte, LOJA PRÓPRIA OU FILIAL, com todos os meios necessários à prestação de serviços de agenciamento de viagens, compreendendo reserva, emissão, remarcação e fornecimento de passagens aéreas nacionais, internacionais e/ou terrestres e serviços afins, como a contratação de Seguro-viagem.*” Tal exigência, no entendimento da unidade técnica, afrontou o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993, que veda o estabelecimento de circunstâncias impertinentes para o objeto do contrato. O relator, ao examinar as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis ouvidos em audiência, ponderou: “*Na atualidade, como ocorre na prestação de outros serviços,*

as atividades afetas ao agenciamento de viagens são essencialmente realizadas por meio de sistemas informatizados operados através da internet". Ao refutar os argumentos de defesa no sentido de que o escritório da agência de viagens baseado naquela localidade traria celeridade à prestação dos serviços, anotou que *"a maioria das atividades exercidas em nossa sociedade, públicas ou não, depende da utilização de tecnologia da informação, incluindo a rede mundial de computadores"*. E também que eventuais interrupções dos serviços, por deficiência de funcionamento da *internet*, não seriam significativos a ponto de justificar a citada exigência. E concluiu: deveria ter sido admitida a participação, no referido certame, de empresas situadas em outras localidades, desde que possuíssem *"estrutura necessária para prestar os serviços à distância"*. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) julgar procedente a representação; b) aplicar multas do art. 58 da Lei nº 8.443/1992 aos responsáveis; b) determinar à Embrapa Gado de Corte que não prorrogue o contrato decorrente do Pregão Eletrônico nº 03/2012, *"promovendo a licitação, se ainda de interesse, correspondente com a devida antecedência, observando o conteúdo do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993. Acórdão n.º 6798/2012-1ª Câmara, TC-011.879/2012-2, rel. Min. José Múcio Monteiro, 8.11.2012.*

PLENÁRIO

2. A opção por orçamento aberto ou fechado em licitação regida pelo RDC insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. A adoção do orçamento fechado, em obras com parcela relevante dos serviços sem referências de preços nos sistemas Sicro ou Sinapi, tende a elevar o risco de retardo na conclusão do empreendimento

Acompanhamento do Tribunal avaliou as ações governamentais voltadas à realização da Copa do Mundo de 2014, especificamente nas áreas aeroportuária, portuária, de mobilidade urbana, de estádios, de turismo e de segurança. Entre os diversos apontamentos efetuados a respeito de ocorrências capazes de comprometer a satisfatória realização do Mundial de Futebol de 2014, o relator destacou recentes fracassos em licitações com orçamentos fechados promovidas pela Infraero, fundamentalmente em razão de as propostas das licitantes apresentarem preços superiores aos orçados pela Administração. Lembrou que *"O orçamento fechado, no RDC [Regime Diferenciado de Contratações Públicas], foi pensado em prestígio à competitividade dos certames. Isso porque, a disponibilização prévia do valor estimado das contratações tende a favorecer a formação de conluios"*. Nessa hipótese, a perda de transparência estaria justificada pelo aumento da competitividade. Anotou que os orçamentos de obras públicas têm seus custos estimados com base fundamentalmente nos sistemas Sinapi e Sicro. As obras portuárias e aeroportuárias, porém, abrangem diversos serviços *"não passíveis de parametrização direta com o Sinapi"*. A Administração, por esse motivo, *"promove adaptações aos serviços similares, ou motiva estudos e pesquisas próprias, para estimar o valor razoável daquele item orçamentário"*. Em face dessas contingências, as avaliações dos licitantes *"podem resultar em preços maiores ou menores que os do edital"*. Se o mercado considerar que os encargos associados à execução daqueles serviços incomuns são maiores que os estimados pela Administração, *"existirá uma grande possibilidade de fracasso do certame licitatório, por preços ofertados superiores aos valores paradigma"*. O relator lembrou, ainda, que a opção pelo orçamento aberto ou fechado decorre do exercício de competência discricionária. O *"contraponto"* dessa maior margem de manobra conferida aos gestores *"é um maior dever motivador"*. Ressaltou que caberia à Infraero avaliar a pertinência de *"realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e em que parcela relevante dos serviços a serem executados não possui referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento"*. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu *"recomendar à Infraero ... que, em face do caráter optativo do orçamento fechado em licitações vigidas segundo o RDC, pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e cuja parcela relevante dos serviços a serem executados não possui referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da real possibilidade de preços ofertados superiores aos orçados, decorrente da imponderabilidade da aferição dos custos dessa parcela da obra"*. *Acórdão n.º 3011/2012- Plenário, TC-017.603/2012-9, rel. Min. Valmir Campelo, 8.11.2012.*

3. A Tabela elaborada pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos - Cmed do Ministério da Saúde apresenta, para diversos medicamentos, preços referenciais superiores aos dos preços de

mercado. A aquisição de medicamentos por preço excessivo, ainda que inferior ao constante da citada tabela, pode dar ensejo à responsabilização do agente causador do prejuízo

Auditoria Operacional avaliou a atuação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – Cmed do Ministério da Saúde. O relator, ao endossar a análise e conclusões da unidade técnica, observou que as especificidades do mercado de medicamentos, como *“a baixa elasticidade-preço da demanda devido à essencialidade dos medicamentos; o reduzido poder decisório dos consumidores, já que os médicos influenciam as escolhas; a proteção patentária ...”*, justificam a regulação do setor. A Cmed, esclareceu, é *“o órgão do governo federal responsável pelo controle dos preços do setor farmacêutico no país”*. Lembrou, no entanto, que fiscalizações efetuadas pelo Tribunal acusaram *“distorções em preços fixados pela Cmed”*, os quais se situavam *“em patamares bastante superiores aos praticados nas compras públicas”*. Em amostra de 50 princípios ativos, na comparação com o mercado internacional, verificou-se que, *“em 43 deles, o preço registrado no Brasil está acima da média internacional; - em 23, o país possui o maior preço entre os países pesquisados; e, - em três, tem o menor preço”*. Há casos em que os preços de tabela apresentaram valores cerca de 10.000% superiores aos dos preços praticados em compras públicas. Ressalvou o fato de que os medicamentos cujos preços foram registrados mais recentemente (a partir de 2010) apresentam preços máximos mais ajustados aos preços do mercado internacional. Observou que as distorções identificadas decorrem, fundamentalmente, de falhas no modelo regulatório, como *“a impossibilidade de revisão dos preços, a partir de critérios relacionados a mudanças na conjuntura econômica ou internacional”*. O Tribunal, então, ao acolher as proposta contidas no relatório de auditoria e endossadas pelo relator, decidiu: *“a) determinar ao Ministério da Saúde que “alerte estados e municípios quanto à possibilidade de superdimensionamento de preços-fábrica registrados na Tabela Cmed, tornando-se imprescindível a realização de pesquisa de preços prévia à licitação, e que a aquisição de medicamentos por preços abaixo do preço-fábrica registrado não exime o gestor de possíveis sanções”*; b) recomendar ao Ministério da Saúde *“que articule junto à Presidência da República a possibilidade de apresentar ao Poder Legislativo proposta de revisão do modelo regulatório de ajuste dos preços dos medicamentos previsto na Lei 10.742/2003, de forma a desvincular tal ajuste da inflação e que considere revisões periódicas a partir de critérios como comparação internacional, variação cambial e custo dos diferentes tratamentos”*; c) determinar à Cmed, entre outras medidas, que apresente ao TCU *“nova metodologia de cálculo do fator de preços relativos intrasetor de forma a considerar no ajuste anual dos preços dos medicamentos o poder de mercado”*. **Acórdão n.º 3016/2012-Plenário, TC-034.197/2011-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 8.11.2012.**

4. A realização do ENEM pode ser contratada diretamente, com suporte no comando contido no artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993. Com o intuito de fomentar o mercado e afastar os riscos inerentes às contratações sucessivas de uma mesma prestadora de serviços, recomenda-se o rodízio das empresas contratadas

Representação apontou supostas irregularidades consubstanciadas em contratações diretas de entidades privadas sem fins lucrativos, com suporte no comando contido no artigo 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, efetuadas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. A autora da representação, ao final de sua exposição, pediu ao TCU que reformulasse seu entendimento acerca da contratação direta com base no referido comando legal e determinasse ao INEP que se abstenha de contratar diretamente a prestação de serviços de realização do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM e promova, para tanto, licitação. Ao iniciar sua análise, o relator transcreveu o citado comando normativo: *“Art. 24. É dispensável a licitação:[...] XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”*. Passou então a historiar a evolução da jurisprudência do TCU sobre a matéria e registrou sua consolidação no sentido de admitir a contratação direta de instituições que atendam aos requisitos estipulados na norma acima transcrita para realização de concursos públicos e vestibulares (Acórdão 569/2005 – Plenário, Acórdão 1.111/2010 – Plenário, Acórdão 1.534/2009 – Primeira Câmara). Ressaltou, também, a necessidade de observância da orientação contida na Súmula nº 250 do TCU. O relator concluiu, então, que a realização do ENEM poderia ser efetuada com suporte no referido comando normativo. Ressalvou, contudo, a obrigatoriedade de o INEP motivar adequadamente suas escolhas e envidar esforços com a finalidade de *“promover o rodízio das empresas contratadas para prestar os serviços destinados à elaboração e aplicação das provas, eis que tal medida, além de fomentar o mercado, afastaria os riscos inerentes às contratações sucessivas de uma mesma prestadora de serviços”*. O Tribunal, então, ao acolher a proposta apresentada pelo relator, decidiu, entre outras providências: a) julgar parcialmente procedente a representação; b) recomendar

ao INEP que, ao realizar o ENEM, b.1) “*pondere, em face dos valores envolvidos e do interesse de outras instituições, ... a possibilidade de realizar certame licitatório para a contratação dos serviços objeto desta representação*” e b.2) realize, na hipótese de ser efetuar contratação direta, “*rodízio das empresas contratadas*”. Precedentes mencionados: Acórdão nº 569/2005 e nº 1.111/2010, ambos do Plenário e Acórdão nº 1.534/2009 da Primeira Câmara. **Acórdão n.º 3019/2012-Plenário, TC-004.055/2011-0, rel. Min. José Jorge, 8.11.2012.**

5. O acompanhamento da avaliação efetuada pela Administração acerca de protótipo exigido em licitação configura direito do licitante. A supressão dessa faculdade pode ser relevada quando, sob o aspecto substancial, os critérios adotados pela Administração se revelarem adequados

Representação de empresa apontou supostas irregularidades na realização do Pregão Eletrônico para Registro de Preços nº 23/2012, promovido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para aquisição, instalação e montagem, de mobiliário. Entre as impugnações efetuadas pela autora da representação, destaque-se a suposta violação ao princípio da publicidade, por ocasião do exame dos protótipos exigidos pelo edital, uma vez ter sido negado o direito do licitante de acompanhar a fase de avaliação de seu produto. A relatora, em linha de consonância com o exame da unidade técnica, concluiu que tal sistemática afigurou-se indevida. O referido órgão também reconheceu a falta de pertinência dessa sistemática e passou a expedir nova orientação às áreas responsáveis pela condução de procedimentos licitatórios para que vedação como essa não se repita em procedimentos futuros. Restou demonstrado, porém, quanto ao aspecto substancial, que a exigência de o protótipo do mobiliário permitir o reparo de estações de trabalho por meio de saque frontal de seus painéis, sem a retirada do tampo, afigurou-se pertinente. Tal imposição visou conferir praticidade à manutenção das estações de trabalho e permitir o saneamento de eventuais problemas em fiações que alimentam o sistema de tomadas de eletricidade, de rede e de telefonia, “*possibilitando a manutenção sem a retirada da superfície de trabalho ...*”, assim como a fácil remoção de objetos que caíam “*dentro da estrutura do painel*”. O protótipo da autora da representação não atendia a esses quesitos. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) considerar parcialmente procedente a representação; b) indeferir o pedido de suspensão do certame; c) arquivar o processo, “*considerando que já foram adotadas pelo órgão as providências cabíveis para evitar a ocorrência constatada no futuro*”. **Acórdão n.º 3028/2012-Plenário, TC-030.293/2012-0, rel. Min. Ana Arraes, 8.11.2012.**

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Decreto nº 7.840, de 12/11/2012: “*Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de perfuratrizes e patrulhas mecanizadas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*”.

Decreto nº 7.843 de 12/11/2012: “*Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de disco para moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*”.

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