

Sessões: 26 e 27 de outubro 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**

Variação cambial como fato gerador da concessão de reequilíbrio econômico-financeiro.

Pregão destinado à outorga de concessão de uso de área comercial em aeroporto.

A participação em licitação reservada a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal dessas categorias, configura fraude ao certame.

Contratação de serviços de consultoria mediante inexigibilidade de licitação.

Primeira Câmara

Contrato emergencial resultante de falha de planejamento: responsabilidade do parecerista jurídico e da autoridade que decide sobre a oportunidade e a conveniência da contratação.

Segunda Câmara

Celebração de contrato com empresa inscrita no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (Cadin).

Possibilidade da participação, em certames licitatórios, de entidades sem fins lucrativos.

PLENÁRIO**Variação cambial como fato gerador da concessão de reequilíbrio econômico-financeiro**

Em sede de tomada de contas especial, foi promovida a citação de empregados e dirigentes da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, bem como das empresas integrantes do Consórcio Alpha, em razão de débito resultante da concessão indevida de reequilíbrio econômico-financeiro, mediante termo aditivo ao Contrato n.º 11.346/2002. Após a análise das alegações de defesa oferecidas ao TCU, as instruções técnicas foram unânimes em reconhecer a ausência, na espécie, dos pressupostos necessários à concessão do reequilíbrio econômico-financeiro. De acordo com o Ministério Público junto ao TCU (MP/TCU), “o Consórcio dispunha de pelo menos duas medidas para melhor gerir o risco inerente a sua atividade, quais sejam: a contratação de operação de hedge com vistas à proteção contra a variação cambial e a manutenção de estoque suficiente para se proteger de variações bruscas nos preços dos insumos. A despeito disso, optou por não se valer desses mecanismos para não incorrer em ‘prejuízos insuportáveis’. Portanto, para não arcar com os inevitáveis custos das medidas de proteção contra a variação cambial, que comprometeriam a oferta de preços competitivos na licitação, a empresa decidiu assumir o risco de fornecer equipamentos à ECT cujos custos não estariam protegidos frente a variações cambiais. [...] por se tratar de uma decisão que somente a ela competia, sem nenhuma expectativa de ingerência da Administração Pública, revela-se totalmente desarrazoada a intenção do Consórcio em atribuir à ECT a obrigação de compensá-la por prejuízos manifestamente decorrentes de sua política de gerenciamento de riscos inerentes ao seu negócio.”. Em seu voto, o relator considerou pertinente a manifestação do MP/TCU, para o qual o débito deveria ser imputado ao ex-Diretor de Administração e às empresas integrantes do Consórcio Alpha, beneficiárias da irregular majoração dos preços. Para o relator, a mera variação cambial, em regime de câmbio flutuante, não configura causa excepcional de mutabilidade dos contratos administrativos. Segundo ele, a variação diária dos índices “não autoriza pleitos de recomposição de preços, dada a sua ampla previsibilidade. Caso contrário, no regime de câmbio flutuante, todos os processos em que houvesse variação positiva poderiam ensejar solicitações de recomposição de preços, o que não ocorre”. Na espécie, a redução dos preços dos equipamentos – adquiridos por meio do 2º Termo Aditivo – em relação aos originalmente contratados e a não utilização dos instrumentos de proteção contra variações cambiais, amplamente oferecidas por todas as instituições do mercado, evidenciavam que a variação cambial não influenciou os custos dos equipamentos de informática, objeto do

contrato, consistindo a variação em risco próprio do negócio. Ausentes os pressupostos necessários à concessão do reequilíbrio, os pagamentos efetuados a esse título “*constituem dano a ser ressarcido à ECT*”. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu rejeitar as alegações de defesa e julgar irregulares as contas do ex-Diretor de Administração, imputando-lhe débito solidário com as empresas integrantes do Consórcio Alpha e multa. **Acórdão n.º 2837/2010-Plenário, TC-018.016/2005-1, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010.**

Pregão destinado à outorga de concessão de uso de área comercial em aeroporto

A decisão da Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – Infraero, ao estabelecer o pregão para a licitação de concessões de uso de áreas comerciais nos aeroportos brasileiros, encontra respaldo na legislação e atende plenamente ao interesse público. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação formulada ao TCU em razão de possíveis irregularidades perpetradas pela Infraero no âmbito do Pregão Presencial n.º 030/GRAD-3-SBGR/2010, tendo por objeto a concessão de uso de área destinada à “*instalação e exploração comercial de chocolateria de rede de lojas exclusivas no segmento de chocolateria, a ser localizada no piso superior do Terminal de Passageiros n.º 2, do Aeroporto Internacional de São Paulo/Guarulhos - Governador André Franco Montoro*”. A representante alegou, em síntese, não haver previsão legal para a licitação de concessão de espaço público por meio de pregão, devendo, para tanto, ser aplicada a Lei n.º 8.987/95 – dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos –, adotando-se, portanto, a modalidade de concorrência pública. De acordo com o relator, a utilização do pregão atende perfeitamente aos objetivos da Infraero, possibilitando decisões em que se preservam a isonomia de todos os interessados e os interesses da Administração na obtenção da melhor proposta. Segundo ele, o Regulamento de Licitações e Contratos da Infraero, aprovado pela Portaria Normativa n.º 935/2009, do Ministério da Defesa, trouxe adequada modificação nos procedimentos até então adotados pela Infraero, passando a prever a possibilidade de utilização do pregão nos casos em que a concessão de uso de área não demandar investimentos em benfeitorias permanentes (art. 31, § 13). No caso concreto, a licitação na modalidade pregão, com critério de julgamento na maior oferta, “*não constitui utilização de critério de julgamento não previsto por lei, mas, sim, a utilização do critério legalmente estabelecido e plenamente adequado ao objeto do certame, com a utilização do instrumento legal mais especialmente pertinente para os objetivos da Administração*”. O relator considerou incabível, na espécie, a aplicação da Lei n.º 8.987/95, como pretendia a representante, uma vez que “*o objeto licitado não é delegação de serviço público, e a hipótese está expressamente prevista no Regulamento de Licitações da Infraero*”. Portanto, sob a ótica da consecução do interesse público, os procedimentos licitatórios adotados pela Infraero “*se mostram especialmente louváveis, porque concretizam os princípios da eficiência, isonomia, impessoalidade, moralidade, dentre outros*”. Ao final, o relator ponderou que, “*para a concretização dos imperativos constitucionais da isonomia e da melhor proposta para a Administração, a Infraero deve evoluir dos pregões presenciais, para a modalidade totalmente eletrônica, que dispensa a participação física e o contato entre os interessados*”. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, deliberou o Plenário pela improcedência da representação. Precedente citado: Acórdão n.º 3042/2008-Plenário. **Acórdão n.º 2844/2010-Plenário, TC-011.355/2010-7, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010.**

A participação em licitação reservada a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal dessas categorias, configura fraude ao certame

Em processo instaurado para apurar possíveis irregularidades praticadas por empresas que supostamente teriam participado, de forma indevida, de licitações públicas, a empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda. foi instada a se manifestar quanto ao fato de ter vencido, em 2008, licitações destinadas exclusivamente a ME e EPP, sendo que seu faturamento bruto no ano anterior ao dos certames havia extrapolado os limites legais fixados para o respectivo enquadramento. Segundo a unidade técnica, caberia à empresa dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP, isso porque, no exercício de 2007, ela extrapolara o faturamento de R\$ 2.400.000,00. Em seu voto, o relator ressaltou que, ao não adotar tal conduta, a empresa descumpria o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar n.º 123/2006, o art. 11 do Decreto n.º 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio n.º 103/2007, beneficiando-se de sua própria omissão. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de declarar, “*com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 01.392.601/0001-50) para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de seis meses*”. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 1028/2010, 1972/2010 e 2578/2010, todos do Plenário. **Acórdão n.º 2846/2010-Plenário, TC-**

008. 552/2010-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 27.10.2010.

Contratação de serviços de consultoria mediante inexigibilidade de licitação

Denúncia formulada ao TCU apontou indícios de irregularidades no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – Confea e na Mútua – Caixa de Assistência dos Profissionais do Crea. A unidade técnica promoveu audiência do Presidente e da Advogada da Mútua acerca da contratação de empresa de consultoria por inexigibilidade de licitação fundamentada no art. 25, II, c/c o art. 13 da Lei n.º 8.666/93, tendo em vista que os serviços contratados, envolvendo a reestruturação organizacional da Mútua, *“não detêm características próprias que permitam concluir pela sua natureza singular”*. As razões de justificativa apresentadas foram, em síntese, as seguintes: a) a estruturação de uma empresa não poderia ser entregue a qualquer profissional do ramo, sendo necessário o conhecimento dos trabalhos já desenvolvidos e os frutos gerados; b) a empresa possuía experiência na área administrativa e conhecia as peculiaridades do sistema Confea – Mútua; c) a escolha da empresa não foi realizada com o intuito de limitar a competitividade, mas assegurar que a reestruturação seguisse, pormenorizadamente, as determinações do Confea; d) o objeto do contrato tornava-se singular em razão da necessidade de se ter uma empresa que conhecesse a estrutura do Confea e pudesse adequar *pari passo* a reestruturação da entidade; e) se a Mútua optasse por contratar qualquer profissional especializado na área, correria o risco de contratar um serviço que, depois de concluído, não atingiria o objetivo esperado, e uma nova contratação com o mesmo objeto seria demasiadamente onerosa à instituição. No entanto, para a unidade técnica, a empresa fora contratada para *“execução de um serviço comum (reestruturação organizacional da Mútua), que poderia ser desenvolvido, sem maiores problemas, por diversas empresas do setor. A Mútua cometeu irregularidade quando optou pela contratação da empresa amparada na inexigibilidade de licitação, com o argumento de que os trabalhos eram de natureza singular. Entendemos que o fato de o profissional ou empresa possuir reconhecida expertise em determinado ramo do conhecimento não implica em desconsiderar a possibilidade de que outros concorrentes possam atuar com o mesmo nível de excelência e profissionalismo. Da mesma forma, o fato de determinado profissional possuir reconhecida experiência técnica não torna todos os seus trabalhos necessariamente singulares.”*. Não obstante, a unidade técnica considerou presentes, na espécie, circunstâncias objetivas que atenuariam a gravidade da falta cometida. Conquanto não fosse singular o serviço, *“o fato é que se tratava de questão de grande relevância para a Mútua, pois referente à sua reestruturação organizacional e, por consequência, com reflexos profundos e duradouros no próprio desempenho da instituição no futuro. [...] Por outro lado, o custo da contratação foi relativamente baixo e consentâneo com o praticado no mercado.”*. Ao manifestar concordância com a análise da unidade técnica, o relator ressaltou que, de fato, as circunstâncias que envolveram o caso concreto, quais sejam, a grande relevância da matéria para a entidade, os cuidados adotados para a escolha da empresa e o custo da contratação, perfeitamente consentâneo com os preços praticados no mercado, atenuaram a gravidade da falha, afastando a hipótese de aplicação de multa. Ao final, o relator propôs e o Plenário decidiu acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis. **Acórdão n.º 2886/2010-Plenário, TC-023.360/2008-1, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 27.10.2010.**

PRIMEIRA CÂMARA

Contrato emergencial resultante de falha de planejamento: responsabilidade do parecerista jurídico e da autoridade que decide sobre a oportunidade e a conveniência da contratação

Ao examinar a prestação de contas da Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU, relativa ao exercício de 2004, a unidade técnica identificou possíveis irregularidades envolvendo treze contratações diretas, celebradas com fundamento no art. 24, IV, da Lei n.º 8.666/93. O expediente da dispensa de licitação teria sido utilizado, sucessivamente, em razão de falhas no planejamento, evidenciadas pela não realização, em tempo hábil, de licitações para a substituição de diversos contratos essenciais ao funcionamento da entidade, dando ensejo à situação emergencial. Instados a se manifestar, o Chefe do Departamento Jurídico e o Superintendente da CBTU/STU-Recife alegaram, em síntese, que a responsabilidade pela deflagração do processo licitatório é do gestor da área que necessita do serviço. De acordo com a unidade técnica, a competência para adotar as providências necessárias à realização dos processos licitatórios com a devida antecedência, de fato, *“não caberia ao superintendente da CBTU/STU-Recife, já que, nos termos dos [...] atos normativos, caberia à unidade interessada planejar as contratações. Entretanto, mediante delegação de competência do diretor-presidente da CBTU, as contratações diretas nas unidades regionais são autorizadas pelo superintendente, cabendo-lhe decidir sobre a oportunidade do pedido. Assim, na condição de autoridade máxima da*

*CBTU/STU-Recife, o então superintendente regional deveria coibir o uso indiscriminado desse expediente.” Quanto às razões de justificativa do Chefe do Departamento Jurídico, a unidade técnica concluiu que deveriam elas ser rejeitadas, porquanto ele “atestou estarem presentes os requisitos necessários para a dispensa de licitação, sem qualquer oposição ou ressalva quanto à [...] contratação emergencial da prestação de serviços, cuja urgência decorreu da falta de planejamento e da desídia do administrador.”. Diferentemente da unidade instrutiva, o relator entendeu não caber a responsabilização do Chefe do Departamento Jurídico, uma vez que as situações apresentadas àquele dirigente justificavam o uso da dispensa de licitação. Ainda que o excessivo número de contratos firmados emergencialmente fosse indicativo de que havia falhas no planejamento da entidade, podendo o parecerista ter alertado sobre o problema, tal omissão “não é suficientemente grave a ponto de culminar em sua responsabilização pela falha ocorrida”. O mesmo raciocínio seria válido para o Superintendente da CBTU/STU-Recife. Embora lhe coubesse decidir sobre a oportunidade e a conveniência das contratações diretas, “não há informações nos autos de que teria responsabilidade sobre as falhas de planejamento que acabaram por resultar na contratação emergencial com ausência de licitação”. Com base nos fundamentos apresentados pelo relator, o Colegiado decidiu julgar regulares com ressalva as contas dos agentes públicos arrolados, sem prejuízo de determinar à CBTU que “inicie os procedimentos licitatórios em tempo hábil para a substituição tempestiva dos contratos vincendos, para evitar contratações emergenciais com dispensa de licitação”. **Acórdão n.º 7070/2010-1ª Câmara, TC-013.359/2005-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 26.10.2010.***

SEGUNDA CÂMARA

Celebração de contrato com empresa inscrita no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal (Cadin)

Ao apreciar a prestação de contas da Refinaria Alberto Pasqualini S.A. – Refap, relativa ao exercício de 2003, a Segunda Câmara, por intermédio do Acórdão n.º 5.502/2008, julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis e expediu determinações à entidade (item 1.7), dentre elas: “1.7.3. não contrate com qualquer empresa de um grupo em que haja ente inscrito no Cadin (Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal), mesmo na qualidade de consórcio, nos termos do art. 6º, inciso III, da Lei 10.522/2002;”. Contra a aludida determinação, a Refap interpôs recurso de reconsideração, alegando “não existir qualquer norma que impeça que o grupo Petrobras, no qual está incluída a REFAP, contrate empresas inscritas no CADIN”. Além disso, “não vislumbra o caráter determinante quanto ao destino da contratação no art. 6º, inciso III da Lei n.º 10.522/2002, pois o texto legal exige a consulta, mas não estabelece o impedimento de contratação com empresas inscritas naquele cadastro. Verifica que se trata de norma restritiva e que, por esta razão, não pode ser interpretada de forma ampliativa.”. Em seu voto, o relator destacou que o art. 6º, III, da Lei n.º 10.522/2002, “não veta, de modo absoluto, a celebração de contratos com empresa inscrita no Cadin, vez que o citado artigo de lei prescreve apenas quanto à consulta prévia ao Cadin”. O relator fez menção, ainda, ao seguinte trecho do voto condutor do Acórdão n.º 390/2004-Plenário: “A Medida Provisória nº 1.490, de 07/06/1996, assim estabelecia: ‘Art. 6º É obrigatória a consulta prévia ao CADIN, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para: [...] III - celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos. [...] Art. 7º A existência de registro no CADIN há mais de trinta dias constitui fator impeditivo para a celebração de qualquer dos atos previstos no artigo anterior.’ Assim, pelo disposto no seu art. 7º, seria vedada a contratação de empresas inscritas no Cadin. O STF, em julgamento de 19/06/1996, concedeu medida liminar suspendendo os efeitos desse art. 7º. Tal ação ainda não foi julgada no mérito. O próprio Poder Executivo, entretanto, quando da edição da MP nº 1863-52, de 26/08/1999, norma que tratava do Cadin, excluiu o referido art. 7º. E a própria Lei nº 10.522/02, oriunda da conversão da medida provisória, também não trouxe esse dispositivo. Dessa forma, não há vedação legal para a contratação de empresas inscritas no Cadin. Permanece em vigor a obrigatoriedade de consulta prévia ao cadastro, pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, para a celebração de contratos que envolvam o desembolso de recursos públicos. Trata-se de medida de pouca efetividade prática, uma vez que a inscrição ou não no Cadin não trará qualquer consequência em relação às contratações a serem realizadas.”. Acolhendo o voto do relator, deliberou o Colegiado no sentido de dar provimento parcial ao recurso para tornar insubsistente o subitem 1.7.3 do Acórdão n.º 5502/2008-2.ª Câmara. **Acórdão n.º 6246/2010-2ª Câmara, TC-009.487/2004-8, rel. Min. Raimundo Carreiro, 26.10.2010.**

Possibilidade da participação, em certames licitatórios, de entidades sem fins lucrativos

Representação oferecida ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico n.º 2/2010, realizado pelo Museu de Astronomia e Ciências Afins – MAST, tendo como objeto a contratação de empresa especializada na “prestação de serviços de apoio administrativo, envolvendo o fornecimento de mão-de-obra para os cargos de recepcionista, supervisor, copeira, mensageiro, reprografista e motorista”. A representante alegou que a licitante vencedora, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor e Trabalhador – Abradecont, não poderia ter incluído, em sua proposta de preços, a previsão de lucro, “já que a mesma é entidade sem fins lucrativos. Ao provisionar valores a título de lucro e também beneficiar-se da isenção do pagamento de impostos, a licitante quebra o princípio da isonomia do certame licitatório”. A representante também acostou aos autos o Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara, por meio do qual fora expedida a seguinte determinação à Fundação Oswaldo Cruz: “não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como o Pregão Eletrônico 90/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexo de relação entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que terceirização de mão-de-obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica;”. Em sua instrução, a unidade técnica salientou que a questão da participação de associações sem fins lucrativos em certames licitatórios ainda se encontra sob análise no TCU, isso porque o aludido Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara foi objeto de pedido de reexame. Em respeito aos princípios da busca da melhor proposta para a administração pública e do caráter competitivo da licitação, o relator entendeu que “não seria razoável condenar a conduta do pregoeiro que aceitou a participação da Abradecon no Pregão Eletrônico nº 2/2010, até porque não há posicionamento definitivo deste Tribunal que impeça o ingresso de entidades filantrópicas nos certames licitatórios”. Ao final, o relator propôs e o Colegiado decidiu considerar improcedente a representação. **Acórdão n.º 6235/2010-2ª Câmara, TC-019.632/2010-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 26.10.2010.**

Responsável pelo Informativo:

Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br