



Número 272

Sessões: 20, 26 e 27/Janeiro/2016

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitação e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. O objetivo é facilitar ao interessado o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do Tribunal na área. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis. As informações aqui apresentadas não são repositórios oficiais de jurisprudência.

SUMÁRIO

Plenário

1. É irregular a contratação emergencial por dispensa de licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93) quando a interdição do acesso à edificação com problema estrutural for suficiente para a eliminação do risco e, conseqüentemente, da situação emergencial.
2. A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público.
3. Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade”, podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada.
4. A utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP) é possível, nos termos do art. 3º, inciso II, do Decreto 7.892/13, quando for conveniente para a Administração contratante realizar várias aquisições do objeto licitado (entrega parcelada dos produtos), o que não se confunde com aquisições em que são demandadas partes do objeto licitado (entrega de parcelas do produto), situação não albergada na legislação de regência.
5. Em regra a prorrogação do contrato administrativo deve ser efetuada antes do término do prazo de vigência, mediante termo aditivo, para que não se opere a extinção do ajuste. Entretanto, excepcionalmente e para evitar prejuízo ao interesse público, nos contratos de escopo, diante da inércia do agente em formalizar tempestivamente o devido aditamento, é possível considerar os períodos de paralisação das obras por iniciativa da Administração contratante como períodos de suspensão da contagem do prazo de vigência do ajuste.

PLENÁRIO

1. É irregular a contratação emergencial por dispensa de licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93) quando a interdição do acesso à edificação com problema estrutural for suficiente para a eliminação do risco e, conseqüentemente, da situação emergencial.

O Plenário do TCU apreciou Recurso de Revisão interposto em face de acórdão que aplicara multa em razão da elaboração de parecer pela dispensa indevida de licitação para reforma de estádio de futebol, custeada parcialmente com recursos federais. Na espécie, os recorrentes haviam sido penalizados por terem produzido pareceres no sentido de autorizar a dispensa de licitação da obra, sem que estivessem presentes os requisitos previstos no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93, relativos à situação emergencial. A questão posta no apelo, portanto, referia-se à subsistência ou não da responsabilidade dos recorrentes, em relação à dispensa indevida de

licitação. Nos dizeres do relator, “*uma situação emergencial justificadora da dispensa de licitação só se caracteriza se restar demonstrado que a contratação direta é o único meio adequado, necessário e efetivo de eliminar iminente risco de dano ou o comprometimento de segurança*”. No caso em exame, entretanto, o relator observou que “*seguindo recomendações técnicas*” constantes dos próprios autos, “*bastaria que o estádio fosse interdito ao público, para que o iminente risco de dano e, conseqüentemente, a situação emergencial fossem afastados, possibilitando tempo suficiente para que o procedimento licitatório fosse planejado e realizado. A existência de graves problemas estruturais, por si só, não autoriza a contratação direta*”. Por fim, demonstrados indícios suficientes de existência de nexo causal entre os atos praticados e a dispensa indevida de licitação, o relator votou pela negativa de provimento ao recurso, sendo seguido pelos demais ministros. **Acórdão 27/2016 Plenário, Recurso de Revisão, Relator Ministro Raimundo Carreiro.**

2. A indicação de marca no edital deve estar amparada em razões de ordem técnica, de forma motivada e documentada, que demonstrem ser aquela marca específica a única capaz de satisfazer o interesse público.

Representação formulada por sociedade empresária questionara a regularidade de pregão eletrônico conduzido pelo Departamento de Logística em Saúde do Ministério da Saúde (DLOG/MS), destinado ao registro de preços para a aquisição de equipamentos hospitalares. Segundo a representante, para o módulo de oximetria de pulso fora exigida tecnologia afeta a fabricantes específicos, sem qualquer laudo, parecer ou respaldo técnico, o que teria restringido o caráter competitivo do certame. Analisando o ponto, registrou o relator, preliminarmente, que as marcas desejadas para o módulo de oximetria de pulso foram, de fato, requeridas no termo de referência anexo ao edital e que a representante tivera sua proposta desclassificada, bem como recurso negado, face ao não atendimento àquela exigência editalícia. No mérito, registrou o relator que “*na legislação de regência, a regra é a vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993), excepcionada apenas nos casos em que for tecnicamente justificável (art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993)*”, entendimento, aliás, já assentado pelo TCU mediante a Súmula 270, segundo a qual “*em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção*”. Nesse caso, relembrou o relator, com espeque em outra deliberação de sua relatoria, que “*a vedação à indicação de marca (arts. 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993) não se confunde com a menção à marca de referência, que deriva da necessidade de caracterizar/descrever de forma adequada, sucinta e clara o objeto da licitação (arts. 14, 38, caput, e 40, inciso I, da mesma Lei). A diferença básica entre os dois institutos é que o primeiro (excepcionado pelo art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993), admite a realização de licitação de objeto sem similaridade nos casos em que for tecnicamente justificável, ao passo que o segundo é empregado meramente como forma de melhor identificar o objeto da licitação, impondo-se a aceitação de objeto similar à marca de referência mencionada*” (**Acórdão 2.829/2015 Plenário**). Nesse passo, prosseguiu, para mitigar o risco de direcionamento da licitação, “*é indispensável que o órgão licitante, caso realize a indicação de marca específica no edital, observe a impessoalidade e, logo, esteja amparada em razões de ordem técnica, motivada e documentada, demonstrando que somente a adoção daquela marca específica pode satisfazer o interesse da Administração*”. Por fim, tendo em vista que o DLOG/MS não apresentara fundamentação técnica, laudo ou estudo que comprovasse a necessidade de exigir as tecnologias indicadas no edital, inferiu o relator que “*o órgão realizou indicação expressa de marca específica, sem, todavia, ter sido apresentada a correspondente justificativa técnica, o que não pode ser convalidado por esta Corte*”. Nesses termos, acolheu o Tribunal a proposta da relatoria, para considerar procedente a Representação, assinando prazo para que o DLOG/MS “*adote as providências necessárias no sentido de, exclusivamente em relação ao item 17 do pregão eletrônico SRP 12/2015, anular o procedimento licitatório, a ata de registro de preço e eventuais contratos, em razão de cláusula restritiva ao caráter competitivo do certame, evidenciada pela indicação de marcas específicas sem a correspondente justificativa técnica, contrariando os arts. 3º, caput e § 1º, 7º, § 5º, 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, o Enunciado 270 da Súmula de Jurisprudência do TCU e a jurisprudência do TCU*”. **Acórdão 113/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas.**

3. Permite-se menção a marca de referência no edital, como forma ou parâmetro de qualidade para facilitar a descrição do objeto, caso em que se deve necessariamente acrescentar expressões do tipo “ou equivalente”, “ou similar”, “ou de melhor qualidade”, podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatíveis com a marca de referência mencionada.

Ainda na Representação acerca de possível restrição à competitividade em pregão eletrônico para a aquisição de equipamentos hospitalares, conduzido pelo Departamento de Logística em Saúde do Ministério da Saúde

(DLOG/MS), face à exigência editalícia de marcas específicas para o módulo de oximetria de pulso, anotou o relator ser possível “*haver menção a uma marca de referência no ato convocatório como forma ou parâmetro de qualidade do objeto simplesmente para facilitar a sua descrição*”. Nesses casos, registrou, “*deve-se necessariamente acrescentar expressões do tipo ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ e ‘ou de melhor qualidade’*”. Tal obrigatoriedade, prosseguiu, “*tem por fundamento a possibilidade de existir outros produtos, até então desconhecidos, que apresentem características iguais ou mesmo melhores do que o produto referido no edital, podendo a Administração exigir que a empresa participante do certame demonstre desempenho, qualidade e produtividade compatível com a marca de referência mencionada*”. No caso em exame, ponderou o relator, “*é até verossímil que tenha sido necessário mencionar tais marcas como referência, pois trata-se de modelos consolidados no mercado*”. Para tanto, inobstante, “*seria necessário acrescentar expressões do tipo ‘ou equivalente’, ‘ou similar’ e ‘ou de melhor qualidade’*”. Consequentemente, concluiu, “*por existirem outras tecnologias que se propõem às mesmas funções, a especificação do objeto deveria ter ocorrido sem a indicação de marca específica, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, o que, repita-se, não resta demonstrado nestes autos*”. Nesses termos, acolheu o Tribunal a proposta da relatoria, para considerar procedente a Representação, assinando prazo para que o DLOG/MS “*adote as providências necessárias no sentido de, exclusivamente em relação ao item 17 do pregão eletrônico SRP 12/2015, anular o procedimento licitatório, a ata de registro de preço e eventuais contratos, em razão de cláusula restritiva ao caráter competitivo do certame, evidenciada pela indicação de marcas específicas sem a correspondente justificativa técnica, contrariando os arts. 3º, caput e § 1º, 7º, § 5º, 15, § 7º, inciso I, e 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, o Enunciado 270 da Súmula de Jurisprudência do TCU e a jurisprudência do TCU*”. **Acórdão 113/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas.**

4. A utilização do Sistema de Registro de Preços (SRP) é possível, nos termos do art. 3º, inciso II, do Decreto 7.892/13, quando for conveniente para a Administração contratante realizar várias aquisições do objeto licitado (entrega parcelada dos produtos), o que não se confunde com aquisições em que são demandadas partes do objeto licitado (entrega de parcelas do produto), situação não albergada na legislação de regência. Representação formulada por sociedade empresária questionara, dentre outras possíveis irregularidades, a utilização inadequada, por órgãos aderentes, de Sistema de Registro de Preços decorrente de pregão eletrônico promovido pelo Centro de Comunicações e Guerra Eletrônica do Exército (CCOMGEX), destinado ao fornecimento e instalação de sistema de infraestrutura de alta disponibilidade para rede e servidores do centro telemático de dados e voz para atendimento a equipamentos ativos e passivos (Data-Center). Analisando o ponto, após a promoção das oitavas e audiências regimentais, registrou o relator que, na espécie, os responsáveis foram ouvidos em razão da “*utilização inadequada do Sistema de Registro de Preços – SRP, porquanto, de fato, o certame em foco cuida de intenções de compra parciais e individualizadas e não de contratação integrada compartilhada por todos os participantes, como é característico daquele sistema*”. O certame, lembrou, “*foi fundamentado no art. 3º, inciso II, do Decreto 7.892/2013, o qual dispõe que o SRP pode ser adotado quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa*”. Nesse mister, anotou que a unidade técnica especializada aduzira que “*não se pode confundir entrega parcelada com entrega de parcelas do produto, sendo que o presente caso em foco enquadrar-se-ia nesta última condição, o que não permitiria a utilização do SRP*”. No caso concreto, expôs, o pregão “*não cuida de entrega parcelada de um mesmo produto, porquanto o órgão aderente ou participante, invariavelmente terá de modificar a solução apresentada como padrão no SRP, dado que as particularidades de cada Data-Center seriam diferentes*”, de modo que “*ao modificar a quantidade, verbi gratia, de Data-Center ou ainda dos serviços relativos à construção da sala segura, estar-se-ia diante da entrega de parcelas do produto, o que não se subsome ao dispositivo invocado para fundamentar o uso do SRP, que ampara a entrega parcelada dos produtos*”. Destacou também o relator que “*a jurisprudência do TCU consubstanciada no Acórdão 757/2015 – Plenário, o qual, como apontado pela Selog, foi embasado nos Acórdãos 529, 1.592, 1.913, 2.695 e 2.796, todos de 2013 e do Plenário, é no sentido de que não é possível a aquisição separada de itens de objeto adjudicado por preço global em contratações realizadas por meio de SRP*”. Em conclusão, anotou, “*a contratação em foco, da maneira como foi estruturada, indica que a utilização do SRP não foi bem avaliada. Se há possibilidade de mudança nos quantitativos, está-se diante, como já afirmei acima, de entrega de parcelas do produto, e não de entrega parcelada, como seria permitido pelo art. 3º, inciso II, do multicitado Decreto 7.892/2013*”. Nesses termos, e considerando o fim da vigência da ata de registro de preços fiscalizada, acolheu o Plenário a proposta do relator para considerar procedente a representação, aplicando aos responsáveis a multa capitulada no 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, cientificando o CCOMGEX acerca da irregular “*adoção do Sistema*

de Registro de Preços (SRP) para objeto que não se enquadra às hipóteses previstas no art. 3º do Decreto 7.892/2013”, explicitando, em sumário, o entendimento de que “A utilização do Sistema de Registro de Preços é possível, nos termos do art. 3º, inciso II, do Decreto 7.892/2013, quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas. Não há que se confundir, todavia, entrega parcelada com entrega de parcelas do produto. A primeira ocorre quando são demandadas várias aquisições do objeto licitado na configuração em que prevista pelo órgão responsável pelo Sistema de Registro de Preços. A segunda, que não é albergada pela legislação retro mencionada, cuida de aquisições em que são demandadas partes do objeto licitado em quantitativos diferentes daqueles inicialmente previstos”. **Acórdão 125/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.**

5. Em regra a prorrogação do contrato administrativo deve ser efetuada antes do término do prazo de vigência, mediante termo aditivo, para que não se opere a extinção do ajuste. Entretanto, excepcionalmente e para evitar prejuízo ao interesse público, nos contratos de escopo, diante da inércia do agente em formalizar tempestivamente o devido aditamento, é possível considerar os períodos de paralisação das obras por iniciativa da Administração contratante como períodos de suspensão da contagem do prazo de vigência do ajuste.

Auditoria realizada em junho de 2015 verificara a aplicação de recursos federais repassados mediante convênio pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) à Secretaria de Educação do Estado do Tocantins (Seduc/TO) para a construção de dezenove escolas. A unidade técnica do TCU promoveu oitiva prévia da secretaria e das empresas contratadas para a execução das obras, tendo em vista a suspeita de uso de recursos federais no pagamento de despesas de contratos que se encontrariam com validade expirada. De acordo com a unidade técnica, o órgão estadual teria realizado aditamentos e rescisões em contratos que já estariam extintos por decurso de prazo, assim como aditamentos antes do término da vigência dos contratos, com a contagem dos prazos prorrogados se iniciando a partir da data de assinatura dos respectivos termos aditivos, além de suspensões na contagem dos prazos de vigência de todos os contratos, correspondentes aos períodos de paralisação na execução das obras, sem que houvesse previsão nos respectivos termos contratuais. Nos dizeres do relator, “a jurisprudência desta Corte de Contas se consolidou ao longo do tempo no sentido de considerar irregular o aditamento feito após o término da vigência contratual, ainda que amparado em um dos motivos do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, uma vez que o contrato original estaria formalmente extinto, de sorte que não seria juridicamente cabível a sua prorrogação ou a continuidade da sua execução”. Lembrou que a Lei 8.666/93 “permite a prorrogação do contrato nas situações em que a contratante determina a paralisação da obra, autorizando, inclusive, a prorrogação do cronograma de execução, por igual período, contudo, tal previsão não dispensa a formalização do aditamento, a fim de ajustar os prazos de conclusão das etapas e de entrega da obra”. Entretanto, asseverou o relator que “nos chamados contratos por escopo (em que o objeto consistiria na obtenção de um bem ou na construção de uma obra), o prazo de execução só seria extinto quando o objeto fosse definitivamente entregue à administração e as demais obrigações fixadas no ajuste fossem plenamente satisfeitas, de modo que, inexistindo motivos para rescisão ou anulação, a extinção desse tipo de ajuste somente se operaria com a conclusão do objeto e com o seu recebimento definitivo pela administração, diferentemente do que ocorreria nas avenças por tempo determinado (em que o objeto consistiria na prestação de serviços contínuos), nos quais o prazo constituiria elemento essencial e imprescindível para a consecução ou a eficácia do objeto avençado”. Considerando tal raciocínio, o relator afirmou que “o TCU tem acolhido, em caráter excepcional, na análise de alguns casos concretos, a tese de diferenciar os efeitos da extinção do prazo de contratos de obra”. Em todos esses casos, “o Tribunal identificou a presença de circunstâncias objetivas atenuantes da conduta dos gestores”. Ponderou o ministro relator que “neste caso concreto também estão presentes algumas dessas circunstâncias pontuadas na jurisprudência do Tribunal, em especial, o fato de os aditamentos considerados ilegais (posteriores ao término de vigência da avença) terem decorrido da premissa equivocada do governo estadual no sentido de que os prazos de vigência dos contratos por escopo seriam prorrogados automaticamente em decorrência dos sucessivos períodos de paralisação, com espeque nos arts. 57, § 1º, inciso III, e 79, § 5º, da Lei nº 8.666, de 1993, sem a necessidade do tempestivo aditamento”. Com este raciocínio, concluiu que, para o caso concreto “mostra-se adequada a solução proposta pelo dirigente da unidade técnica, a fim de autorizar, em caráter excepcional e em sintonia com os precedentes mencionados, a continuidade dos aludidos contratos, isso porque, como se sabe, a regra é a prorrogação do contrato administrativo mediante a formalização do respectivo termo aditivo, antes do término do prazo de vigência do ajuste, já que o aditamento não pode produzir efeitos retroativos, mas a falta dessa providência tempestiva deve ser analisada sob a ótica do interesse público, mesmo porque não seria razoável prejudicar a comunidade destinatária do investimento estatal em razão da inércia do

*agente em evitar a execução do objeto de inquestionável interesse social sem a devida cobertura contratual formal". O relator foi acompanhado pelo Plenário, que proferiu acórdão determinando ao FNDE, em conjunto com o órgão conveniente, a elaboração de plano de ação para o término das obras. **Acórdão 127/2016 Plenário, Auditoria, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho.***

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br