

**Número 182****Sessão: 22 de janeiro de 2014**

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. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

SUMÁRIO**Plenário**

1. A caracterização de fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada. Configura, em analogia ao direito penal, ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração de o fraudador ter praticado simulação para conferir vantagem para si ou para outrem.
2. É ilegal a exigência de execução pretérita de serviços com qualidade superior ao objeto licitado, uma vez que para a comprovação da qualificação técnica pode-se exigir execução de obra ou serviço compatível com o objeto licitado, não superior ao que se pretende executar, conforme o disposto no art. 30, inciso II e § 1º, da Lei 8.666/93.
3. Considerando a competência discricionária da Administração de instituir as regras do certame licitatório dentro das balizas da lei, é admitido o estabelecimento de critérios diferenciados, condicionados pelo valor das propostas, para apresentação da documentação de habilitação.
4. Nos termos do art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93, somente a existência de posição divergente, expressamente consignada em ata, possibilita a exclusão de responsabilidade de membro de comissão de licitação pelos atos irregulares por ela praticados.

PLENÁRIO

1. A caracterização de fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada. Configura, em analogia ao direito penal, ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração de o fraudador ter praticado simulação para conferir vantagem para si ou para outrem. Embargos de Declaração opostos por sociedade empresária contra decisão que declarara a inidoneidade da embargante para participar de licitação junto à Administração Pública Federal, por fraude em tomada de preços realizada pelo Município de Tangará/RN, apontou a existência de contradições e omissões na deliberação recorrida. A embargante alegou, dentre outros aspectos, que a falsificação documental indicada nos autos não desvirtuara o processo licitatório, na medida em que não favorecera qualquer licitante, tampouco a recorrente. Sobre o assunto, registrou o relator que *“a configuração da fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada”*, acrescentando, em analogia ao direito penal, que *“trata-se de ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração da combinação entre as partes, visando simular uma licitação perfeitamente lícita para, assim, conferir vantagem para si ou outrem”*. Nesse sentido, afastada essa e as demais alegações da recorrente, o Plenário acatou a proposta da relatoria, rejeitando, no mérito, os Embargos apresentados. ***Acórdão 48/2014-Plenário, TC 001.083/2004-0, relator Ministro Benjamin Zymler, 22.1.2014.***

2. É ilegal a exigência de execução pretérita de serviços com qualidade superior ao objeto licitado, uma vez que para a comprovação da qualificação técnica pode-se exigir execução de obra ou serviço compatível com o objeto licitado, não superior ao que se pretende executar, conforme o disposto no art. 30, inciso II e § 1º, da Lei 8.666/93.

Representação contra pregão eletrônico promovido pelo Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde (INCQS), integrante da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), destinado à contratação de empresa prestadora de serviço de preparação para edição de revista, apontara, dentre outras irregularidades, restrição à competitividade em razão de exigência excessiva relativa ao portfólio a ser apresentado: *“revistas científicas da área médica e biológica de circulação internacional, classificadas pelo Sistema Qualis da CAPES como Qualis A1 ou A2 na área Interdisciplinar ou de Saúde Coletiva”*. Realizadas as oitivas regimentais, o relator anotou que *“a exigência de experiência pretérita na execução de serviços de produção editorial de revistas científicas classificadas pelo Sistema Qualis da CAPES como A1 ou A2 constitui cláusula restritiva à licitação, uma vez que corresponde à exigência de execução pretérita de serviços com qualidade superior ao objeto licitado”*. Sobre a classificação de periódicos pelo Sistema Qualis da Capes, esclareceu que *“esses veículos são enquadrados em estratos indicativos da qualidade - A1, o mais elevado; A2; B1; B2; B3; B4; B5; C - com peso zero”*. No caso concreto, *“o periódico objeto do certame foi classificado como B1 pela área de avaliação ‘Interdisciplinar’, em aplicativo de classificação e consulta de sistema da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes”*. Assim, concluiu o relator que *“a entidade exigiu da futura contratada a comprovação de execução prévia de serviço em qualidade superior ao objeto que será executado, o que não é aceito pela jurisprudência deste Tribunal, e contraria o disposto no art. 30, inciso II e § 1º, da Lei 8.666/1993, uma vez que para a comprovação da qualificação técnica pode-se exigir execução de obra ou serviço compatível com o objeto licitado e não superior ao que se pretende executar”*. Seguindo a proposta do relator, o Tribunal determinou a anulação do pregão e deu ciência ao INCQS da irregularidade. **Acórdão 52/2014-Plenário, TC 033.436/2013-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 22.1.2014.**

3. Considerando a competência discricionária da Administração de instituir as regras do certame licitatório dentro das balizas da lei, é admitido o estabelecimento de critérios diferenciados, condicionados pelo valor das propostas, para apresentação da documentação de habilitação.

Ainda no âmbito da Representação contra pregão eletrônico promovido pelo Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde – INCQS, destinado à contratação de empresa prestadora de serviço de preparação para edição de revista, a unidade técnica apontara irregularidade atinente à inclusão, no edital, de diferentes critérios de habilitação em função do valor da proposta, a seguir: *“9.2. Para as PROPOSTAS (VENCEDORAS) IGUAIS OU INFERIORES A R\$ 80.000,00 ... será verificada a habilitação jurídica, a regularidade trabalhista e a regularidade fiscal da licitante em relação à Fazenda Nacional, Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Para as PROPOSTAS (VENCEDORAS) SUPERIORES A R\$ 80.000,00 ... será verificada, além do disposto no subitem 9.2, a regularidade fiscal da licitante em relação à Fazenda Estadual e Municipal e a sua qualificação econômico-financeira”*. Para a unidade técnica, tal cláusula *“não guarda respaldo na Lei 8.666/1993 e constitui tratamento não isonômico, ferindo o princípio da igualdade, previsto no art. 3º da citada Lei”*. O relator dissentiu, ressaltando que *“segundo o art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993, também aplicável ao pregão, por interpretação extensiva e ante o seu caráter simplificado, a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte”*. Dessa forma, *“considerando o permissivo legal supramencionado; a competência discricionária da Administração de instituir as regras do certame dentro das balizas da lei; e a idéia do princípio da isonomia de ‘tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desiguam’”*, concluiu não haver ilegalidade na cláusula em comento. O Tribunal acolheu o voto do relator. **Acórdão 52/2014-Plenário, TC 033.436/2013-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 22.1.2014.**

4. Nos termos do art. 51, § 3º, da Lei 8.666/93, somente a existência de posição divergente, expressamente consignada em ata, possibilita a exclusão de responsabilidade de membro de comissão de licitação pelos atos irregulares por ela praticados.

Recursos de Reconsideração interpostos por ex-secretário de estado e servidores públicos estaduais contestaram deliberação proferida em sede de Tomada de Contas Especial, por meio da qual foram apuradas responsabilidades por dano ao erário e outras irregularidades verificadas em licitações e contratações diretas conduzidas pela Secretaria de Estado da Educação de Sergipe, com recursos provenientes de verbas federais conveniadas. O acórdão recorrido imputara, dentre outras, as seguintes sanções: a) o pagamento solidário de débitos pelo ex-secretário de estado da Educação e empresas diversas; b) o pagamento de multas individuais por diversas empresas e servidores estaduais; c) a declaração de inidoneidade de empresas diversas para participarem de licitação no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de três anos; d) a inabilitação de diversos servidores estaduais para exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal pelo prazo de cinco anos. Dentre os argumentos recursais, foram alegados por membros da comissão de licitação: a) o procedimento iniciado na comissão de licitação passava pelo crivo da

Procuradoria Geral do Estado; b) a ausência de qualificação necessária para desempenho da função; c) a grande pressão para que os trabalhos fossem concluídos, o que impedia a análise pormenorizada dos dados relativos às empresas licitantes; d) as questões cruciais da licitação eram definidas por seus superiores hierárquicos; e) a ausência de vantagem patrimonial; e) o exercício de função meramente administrativa (digitador). Sobre o assunto, anotou a relatora que os recorrentes, na condição de integrantes da comissão de licitação, *“têm evidente responsabilidade em relação ao direcionamento dos procedimentos realizados e à existência dos conluíus”*. Analisando as peças constitutivas dos autos, a relatora consignou a inexistência de qualquer comprovação de coerção por superiores hierárquicos, descaracterizando, assim, possível excludente de culpabilidade. Ademais, no que respeita às alegações da ex-presidente da comissão, registrou que *“todos os vícios inerentes aos procedimentos adotados na licitação, incluindo a escolha inadequada da modalidade licitatória e a inobservância da apresentação, pelos licitantes, de documentos exigidos para participação dos certames, lhes são imputáveis”*. Quanto à alegação de exercício exclusivo de função meramente administrativa, veiculada por um dos membros da comissão, apontou a relatora que *“não existe qualquer comprovação de que tenha atuado na comissão como mero digitador, como afirmou”*. Ao contrário, *“sua assinatura consta em diversos documentos acostados aos autos, na condição de membro da comissão”*. Em epílogo, registrou que *“somente a existência de posição divergente da adotada pela comissão de licitação, expressamente consignada em ata, seria capaz de possibilitar a exclusão de sua responsabilidade pelos atos praticados, nos termos do art. 51, § 3º, da Lei 8.666/1993”*. Nesses termos, afastados esses e os demais argumentos recursais, negou o Tribunal provimento aos recursos. **Acórdão 65/2014-Plenário, TC 010.514/2008-2, relatora Ministra Ana Arraes, 22.1.2014.**

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