

Sessões: 16 e 17 de outubro 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

Plenário

1. A exigência de garantia da proposta, contida em edital de pregão eletrônico, afronta o disposto no inciso I do art. 5º da Lei 10.520/2002.
2. A Petrobras submete-se aos ditames da Lei nº 8.666/93 até que seja regulamentado o art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988. O art. 67 da Lei nº 9.478/1997 e o Decreto nº 2745/1998 padecem do vício de inconstitucionalidade.
3. A decisão de vedar a participação de consórcio em licitação de obra pública insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. Tal opção, contudo, demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem.
4. Ganhos de escala, como os resultantes de modulação e padronização, podem justificar a licitação de obra em lote único, sem parcelamento.
5. Deficiências graves de projeto básico que impedem o dimensionamento dos quantitativos de obra implicam a nulidade do certame licitatório e, por consequência, do contrato dele resultante.

PLENÁRIO

1. A exigência de garantia da proposta, contida em edital de pregão eletrônico, afronta o disposto no inciso I do art. 5º da Lei 10.520/2002

Representação de empresa acusou possíveis irregularidades na condução do Pregão Eletrônico 194/2010 pelo Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia – Into, para contratação de serviços de apoio operacional (entrega de documentos, auxílio à locomoção de pacientes, recepção, reprografia e outros). Em face especialmente da exigência de prestação de garantia da proposta para habilitação (item 10.17), o Tribunal suspendeu cautelarmente o andamento do certame e determinou ao Into que *“somente prosseguisse com o pregão eletrônico 194/2010 na hipótese de supressão do item 10.17 do edital, que exigia garantia da proposta ..., dado o desrespeito ao inciso I do art. 5º da Lei 10.520/2002”*. Promoveu, também, audiência dos responsáveis pela elaboração do edital do pregão eletrônico 194/2010, bem como do Diretor-Geral do Instituto, tendo em vista que a referida exigência foi efetuada em desrespeito ao comando contido no Acórdão 2.349/2010 – Plenário. Por meio do subitem 1.4.3 dessa deliberação, o Tribunal alertara o Into sobre a ocorrência de vícios na condução de outro pregão eletrônico, entre os quais o de exigência de garantia da proposta. Ao examinar as razões de justificativas apresentadas, o relator considerou demonstrados *“a afronta a preceito legal e o descaso com as comunicações desta Corte”*. Valeu-se, então, de manifestação da unidade técnica: *“No tocante à garantia da proposta (item 10.17), embora haja previsão para sua exigência no artigo 31, inciso III, da Lei 8.666/1993, há vedação expressa para tal exigência em sede de pregão eletrônico, conforme se depreende do inciso I do art. 5º da Lei 10.520/2002. Considerando que a Lei 8.666/1993 é geral e anterior à Lei 10.520/2002, que trata especialmente de uma modalidade licitatória, segundo os princípios de hermenêutica jurídica, em casos de antinomia aparente, lei especial prevalece sobre lei geral e lei posterior prevalece sobre lei anterior. Ou seja, vale a vedação imposta pela Lei 10.520/2002”*. Ressaltou ainda que o alerta contido no item 1.4.3 do Acórdão 2.349/2010–Plenário foi feito através de ofício recebido pelo próprio

Diretor-Geral ouvido em audiência. Elencou também elementos de convicção que o levaram a concluir que, *“deliberada e conscientemente, os responsáveis optaram pela prática de ato ilegal mesmo após alerta desta Corte de Contas ...”*. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator decidiu rejeitar as razões de justificativas dos responsáveis e aplicar a cada um deles multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/1992, no valor de R\$ 5.000,00. Precedente mencionado: Acórdão 2.349/2010 - Plenário. **Acórdão n.º 2810/2012-Plenário, TC-034.017/2010-0, rel. Min. Aroldo Cedraz, 17.10.2012.**

2. A Petrobras submete-se aos ditames da Lei nº 8.666/93 até que seja regulamentado o art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988. O art. 67 da Lei nº 9.478/1997 e o Decreto nº 2745/1998 padecem do vício de inconstitucionalidade

Levantamento de Auditoria nas obras de modernização e adequação do sistema de produção da Refinaria Gabriel Passos – REGAP, em Betim/MG, conduzidas pela Petrobras S/A, acusou supostas irregularidades na condução de procedimentos licitatórios, consistentes na realização de convites (Convites nºs 0373623.07.8, 0450350-07.8, 0185069.06.8, 0283939.06.8), quando os valores dos respectivos objetos exigiam o processamento do certame na modalidade concorrência, consoante disposto no art. 23 da Lei nº 8.666/93. O Ministro Raimundo Carreiro, relator do feito, ao examinar a matéria, historiou a *“controvérsia”* existente no âmbito do Tribunal a respeito da necessidade de observância, pela Petrobras, do regramento contido na Lei nº 8.666/1993. Mencionou **“inúmeros mandados de segurança impetrados no STF, todos com liminares deferidas, para suspender as decisões do TCU que exigiram da Petrobras a observância da Lei nº 8.666/93”** – grifos do original. Ressaltou que, a despeito disso, o Tribunal tem privilegiado o entendimento no sentido de serem inconstitucionais o art. 67 da Lei n. 9.478/1997 e o Decreto n. 2.745/1998, ordinariamente utilizado pela Petrobras na condução de seus procedimentos licitatórios. Ao examinar o caso concreto, propôs a rejeição das razões de justificativas dos responsáveis, sem aplicação a eles de multa, visto que *“a matéria relativa à aplicação da Lei nº 8.666/93 à Petrobras encontra-se sob a apreciação do Supremo Tribunal Federal, e ainda que, no caso concreto, não se identificou dano ao erário nem benefício indevido a agentes públicos e particulares ...”*. Ao final, propôs que o Tribunal deliberasse no sentido de: a) reiterar o entendimento de que se aplica à Petrobras a Lei nº 8.666/1993, até que seja regulamentado o art. 173, §1º, da CF/1988; b) reiterar o entendimento *“quanto à inconstitucionalidade do art. 67 da Lei nº 9.478/1997 e do Decreto nº 2745/1998”*; c) *“deixar assente que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e da racionalidade do sistema jurídico, a fiscalização da Petrobras, no que concerne às contratações, será feita com base no Decreto nº 2745/1998 e nos princípios aplicáveis à espécie, até que o Supremo Tribunal Federal decida no mérito sobre a aplicação da Lei nº 8.666/93 à Petrobras, assim como sobre a constitucionalidade ou não do art. 67 da Lei nº 9.478/1997 e do Decreto nº 2745/1998”*; d) registrar que o entendimento firmando no item anterior *“não impede que este Tribunal se manifeste quanto à constitucionalidade de dispositivos isolados do Decreto nº 2.745/1998”*. O Ministro Augusto Nardes, porém, após invocar a *“independência de instâncias administrativa (TCU) e judicial (STF)”* e a precariedade das decisões do STF, em sua Declaração de Voto, reputou acertado manter a orientação que vem sendo adotada pelo TCU, quanto a essa matéria. O Tribunal, então, decidiu: a) por unanimidade, rejeitar as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis, mas não aplicar-lhes multa; b) por maioria de cinco votos a quatro, com suporte na referida Declaração de Voto, apenas reiterar o entendimento do TCU no sentido de que: b.1) *“até que seja regulamentado o art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988, aplica-se à Petrobras a Lei nº 8.666/93”*; b.2) o art. 67 da Lei nº 9.478/1997 e o Decreto nº 2745/1998 padecem do vício de inconstitucionalidade. Precedentes mencionados pelo revisor: Acórdãos nºs. 405/2010 e 560/2010, ambos do Plenário. **Acórdão n.º 2811/2012-Plenário, TC-009.364/2009-9, relator Min. Raimundo Carreiro e redator Min. Augusto Nardes, 17.10.2012.**

3. A decisão de vedar a participação de consórcio em licitação de obra pública insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. Tal opção, contudo, demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem

Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades no edital da Concorrência Pública 205/2012, conduzida pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit, que tem por objeto a execução das obras de construção, recuperação e alargamento de pontes rodoviárias na rodovia BR-429/RO. Entre as ocorrências elencadas pela autora da representação, destaque a proibição de participação de empresas em consórcio. O Dnit, chamado a se justificar a respeito desse suposto vício, argumentou que a participação de consórcios é recomendável quando o objeto considerado for *“de alta complexidade ou vulto”*, o que não seria o caso do objeto sob exame, tendo em vista sua natureza e o fato de que as obras conduzidas pela entidade costumam apresentar valor muito superior ao dessa obra. Ressaltou a faculdade prevista no art. 33 da Lei

8.666/93: “quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio ...” e fez referência aos Acórdãos nº 316/2012-1ª Câmara, e nºs. 406/2006, 566/2006, 1.946/2006 e 397/2008, esses últimos do Plenário, que respaldariam a opção adotada pelo Dnit. Alegou, também, que o referido objeto não demanda “aglutinação de competências conexas que apresentem suas especificidades, o que justificaria a união de empresas, pois a contratada deve ter apenas competência para executar as obras de arte especiais”. A unidade técnica, por sua vez, ao ter em conta o disposto no inciso V do art. 6º da Lei nº 8.666/1993, considerou que a obra em tela (R\$ 46.471.555,75) merece ser considerada como de grande vulto. Concluiu, então, que tal vedação teria configurado restrição indevida ao caráter competitivo do certame. A despeito disso, em face da necessidade de garantir celeridade à execução do objeto, sugeriu o indeferimento do pedido de suspensão do certame. A relatora, ao dissentir parcialmente da unidade técnica, assim se manifestou: “No caso em apreço, não se pode afirmar que houve restrição à competitividade. Conforme apontado pela unidade técnica, a presença de cinco empresas que efetivamente participaram da licitação pode caracterizar a concorrência do certame, ainda mais quando se leva em conta as características da região onde ocorrerão as obras”. Ressaltou a natureza discricionária da decisão adotada pelo gestor (grifou-se) e suscitou, em face de todos os elementos examinados, “dúvida plausível acerca da verificação da irregularidade”. Reconheceu, porém, em linha de concordância com a unidade técnica, que o Dnit não fundamentou adequadamente a opção de vedar a participação de consórcios no certame. O Tribunal, então, ao acolher proposta da relatora, decidiu: a) indeferir o requerimento de suspensão cautelar do certame formulado pela autora da representação; b) “dar ciência ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – Dnit da necessidade de, em futuros procedimentos licitatórios, apresentar justificativas técnicas e econômicas robustas para a inadmissão de consórcio de empresas, de forma a afastar quaisquer questionamentos acerca da decisão adotada”. **Acórdão n.º 2831/2012-Plenário, TC-020.118/2012-0, rel. Min. Ana Arraes, 17.10.2012.**

4. Ganhos de escala, como os resultantes de modulação e padronização, podem justificar a licitação de obra em lote único, sem parcelamento

Ainda na Representação sobre possíveis irregularidades no edital da concorrência para contratação das obras de construção, recuperação e alargamento de pontes rodoviárias na rodovia BR-429/RO, a autora da representação questionou também a ausência de parcelamento do objeto da licitação. A relatora, ao enfrentar essa questão, endossou a manifestação da unidade técnica especializada, no sentido de que tal solução não configurou irregularidade. Acentuou, em seu Voto, que o Dnit foi capaz de demonstrar que a “opção adotada garantiu ganho de escala, proporcionado pelas características de modulação e padronização das obras de arte especiais e correntes que compõem o objeto e que favorecem a execução por uma única empresa”. Anotou também que o “parcelamento do objeto importaria maior dispêndio aos cofres públicos com custos de instalação e manutenção de canteiros de obras, que, a depender do número de lotes em que seriam divididos o objeto da licitação, poderia corresponder a grande percentual do valor orçado para a obra”. Considerou válido o argumento de que a existência de uma única área de extração de material pétreo para a obra importaria aumento das distâncias médias de transporte, se houvesse vários canteiros de obra. Concluiu, então, que “a opção pelo não parcelamento decorreu de parâmetros técnicos e econômicos, restando demonstrada a regularidade da licitação em um único lote”. O Tribunal, por sua vez, ao acolher proposta da relatora, decidiu indeferir o requerimento de suspensão cautelar do certame formulado pela autora da representação. **Acórdão n.º 2831/2012-Plenário, TC-020.118/2012-0, rel. Min. Ana Arraes, 17.10.2012.**

5. Deficiências graves de projeto básico que impedem o dimensionamento dos quantitativos de obra implicam a nulidade do certame licitatório e, por consequência, do contrato dele resultante

Auditoria realizada nas obras de construção de ponte sobre o Rio Araguaia, na Rodovia BR – 153/TO/PA, entre as cidades de Xambioá/TO e São Geraldo do Araguaia/PA, com extensão total de 1.727,36 m, apontou indícios de irregularidades no certame licitatório que precedeu a celebração do contrato para sua execução. Entre os indícios de irregularidades apurados, destaque-se a deficiência do projeto básico licitado, tendo em vista a “falta de detalhamento da armadura dos elementos estruturais em concreto armado, com cômputo da ferragem a ser empregada apenas por estimativa, mediante aplicação de ‘taxas’ genéricas de consumo médio”. O relator, ao tratar desse achado, anotou que “a falta de precisão na aferição de quantitativos de ferro impossibilita a adequada orçamentação de vários itens da planilha”. Valeu-se do pronunciamento da unidade técnica, no sentido de que os tais itens constam da parte “A” da Curva ABC de serviços, que corresponde a 80% do custo total da obra. Tal falha de projeto básico, prosseguiu, “tem como consequência a redução na quantidade de empresas interessadas em realizar a obra, por acarretar grande risco de o orçamento apresentado não corresponder ao custo real da obra e pela dificuldade de se saber o que orçar ...”. E

arrematou: não há como considerar “*que o projeto de uma obra de arte especial em que não há sequer o detalhamento das peças estruturais de concreto armado possa conter as especificações técnicas necessárias e suficientes à contratação de execução do serviço ou fornecimento do produto*”. O relator ressaltou, ainda, “*o fato de que apenas duas construtoras participaram da Concorrência n. 046/2010*”. E acrescentou que o contrato celebrado apresenta sobrepreço. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) fixar prazo ao Dnit para que “*adote as providências cabíveis com vistas a anular a Concorrência n. 046/2010 e o contrato dela decorrente (Contrato TT-385/2011-99)*”; b) condicionar a realização de novo procedimento licitatório para a construção da referida ponte à elaboração de projeto básico que atenda a todos os requisitos do art. 6º, inciso IX, e do art. 7º, ambos da Lei 8.666/1993. **Acórdão n.º 2819/2012-Plenário, TC-014.599/2011-2, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 17.10.2012.**

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