

**Número 167****Sessões: 3 e 4 de setembro de 2013**

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 exigência de apresentação de amostras é compatível com as licitações realizadas mediante pregão, inclusive na forma eletrônica, e deve ser requerida na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.
2. O estabelecimento do prazo de validade da ata do sistema de registro de preços é competência privativa da União, tendo em vista sua fixação em norma de caráter geral (art. 15, § 3º, da Lei 8.666/93).
3. Nos termos dos artigos 60, parágrafo único, e 62 da Lei 8.666/93, a execução de serviços sem a formalização de termo contratual caracteriza contrato verbal, ainda que o pagamento seja realizado após a assinatura do contrato.
4. A especificação, no edital, de produto ou bem cuja descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas técnicas, afronta o disposto nos arts. 3º, *caput* e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/02.

Segunda Câmara

5. É legítima a adoção da licitação por lotes formados com elementos de mesma característica, quando restar evidenciado que a licitação por itens isolados exigirá elevado número de processos licitatórios, onerando o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, colocando em risco a economia de escala e a celeridade processual e comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

PLENÁRIO**1. A exigência de apresentação de amostras é compatível com as licitações realizadas mediante pregão, inclusive na forma eletrônica, e deve ser requerida na fase de classificação das propostas e somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.**

Pedido de Reexame contestou deliberação proferida pelo TCU em sede representação, pela qual foram expedidas determinações e assinado prazo para que o Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo (DME/SME/PMSP) anulasse pregão presencial para registro de preços, cujo objeto era a aquisição de sucos de laranja integral pasteurizado congelado e de néctar de frutas congelado. A licitação fora viabilizada com recursos do Programa Municipal de Alimentação Escolar e do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). A peça recursal produzida pelo DME/SME/PMSP insurgira-se contra três das determinações proferidas, alegando – no que respeita à não adoção de pregão eletrônico e à exigência de amostras de todas as licitantes – que: “(i) é lícito que a apresentação de amostras ocorra antes da fase de lances e seja exigida de todos os licitantes com vistas a afastar empresas aventureiras e a garantir a seriedade do certame; (ii) a adoção da modalidade pregão eletrônico é inviável na hipótese vertente, uma vez que dificultaria o recebimento e a análise das amostras”. Em preliminar, assentou o relator que os aportes federais de recursos por meio do PNAE consistem em transferências voluntárias, razão pela qual não se convertem em

receita própria do ente beneficiário. Assim, dada sua natureza federal, a aplicação dos recursos deve seguir as regras gerais estabelecidas pela União e a jurisprudência do TCU. No mérito, destacou o relator que *“encontra-se consolidado nesta Corte o entendimento de que a exigência de apresentação de amostras é admitida apenas na fase de classificação das propostas, somente do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar e desde que previamente disciplinada e detalhada no instrumento convocatório”*. Em seu sentir, a extensão da exigência a todos os licitantes carece de razoabilidade porque *“impõe ônus a totalidade dos participantes que, a depender do objeto, pode ser excessivo, encarecendo o custo de participação na licitação e desestimulando a presença de potenciais participantes”*. Nesse passo, entendeu o relator que a exigência de amostras, quando requerida apenas do licitante classificado em primeiro lugar, é perfeitamente compatível com as peculiaridades da modalidade pregão, já que *“garante a presteza, a perfeição e a eficiência do procedimento sem comprometer a sua celeridade”*. Ademais, no que respeita à alegação de que o pregão eletrônico seria inviável na hipótese sob exame, consignou que *“além de ampliar a competição, o pregão eletrônico não é incompatível com a exigência de amostras, caso o gestor considere-a indispensável, devendo, contudo, caso se trate de aplicação de recursos federais, exigir-la apenas do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar.”* Nesses termos, o Tribunal, ao acolher a tese da relatoria, negou provimento ao recurso, mantendo inalteradas as determinações questionadas. **Acórdão 2368/2013-Plenário, TC 035.358/2012-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 4.9.2013.**

2. O estabelecimento do prazo de validade da ata do sistema de registro de preços é competência privativa da União, tendo em vista sua fixação em norma de caráter geral (art. 15, § 3º, da Lei 8.666/93). Ainda no Pedido de Reexame interposto pelo Departamento da Merenda da Secretaria Municipal da Educação de São Paulo (DME/SME/PMSP), fora alegado – no que respeita à determinação relativa ao prazo de validade das atas de registro de preço – que *“a vigência da ata de registro de preços por período superior a um ano é regular, tendo em vista que o Município de São Paulo, no exercício de sua competência legislativa suplementar, editou a Lei Municipal 13.278/2012 que, no art. 13, autoriza a prorrogação por um ano”*. Nesse aspecto, lembrou o relator que a determinação fora fundamentada no art. 15, § 3º, inciso III, da Lei 8.666/93, na jurisprudência do TCU e no disposto na Súmula TCU 222, para a qual *“as decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”*. Destacou que, nos termos do art. 15, § 3º, da Lei de Licitações, *“o sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais e observadas algumas condições, dentre as quais o limite da validade do registro, que não poderá ser superior a um ano”*. Pressupostos, aliás, assentados nas sucessivas regulamentações editadas, incluindo o novel Decreto 7.892/2013, que, em seu art. 12, dispôs que *“o prazo de validade da ata de registro de preços não será superior a doze meses, incluídas eventuais prorrogações”*. Segundo o relator, a matéria encontra-se disciplinada em *“norma geral, dotada de abstração e generalidade e cuja observância é obrigatória por parte dos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”*. Em conclusão, consignou que *“o Município de São Paulo, ao editar a Lei Municipal 13.278/2012, que autoriza a prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços por mais um ano, legislou concorrentemente, invadindo a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação”*. O Tribunal, acolhendo a proposição do relator, negou provimento ao recurso, mantendo inalteradas as determinações expedidas. **Acórdão 2368/2013-Plenário, TC 035.358/2012-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 4.9.2013.**

3. Nos termos dos artigos 60, parágrafo único, e 62 da Lei 8.666/93, a execução de serviços sem a formalização de termo contratual caracteriza contrato verbal, ainda que o pagamento seja realizado após a assinatura do contrato.

Embargos de Declaração apontaram omissão em deliberação que julgara irregulares as contas do embargante em razão, dentre outras, de irregularidade relativa à execução de serviços para premiação institucional sem amparo contratual. Segundo a recorrente, a omissão estaria caracterizada pela falta de fundamentação da irregularidade, motivo pelo qual solicitara que fosse explicitado *“por que uma empresa que sabe que será contratada para apresentar o desenho do prêmio e que tem obrigação de apresentar o produto no ato da contratação, há de ser considerada como prestadora de serviço sem contrato”*. No caso concreto, a empresa fora contratada por inexigibilidade de licitação, ao amparo do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93. A relatora, ao rejeitar a alegação de omissão, destacou trechos do relatório e do voto condutor da deliberação recorrida que fundamentam a irregularidade: *“Tanto a cláusula primeira, quanto a cláusula quarta do referido contrato (...) demonstram, de maneira inequívoca, previsão expressa para entrega e pagamento da primeira parcela do objeto do contrato (concepção e desenho), respectivamente, no ato de sua assinatura, circunstância essa que*

não seria possível se não houve execução da primeira parcela em data anterior à da assinatura. Com isso, fica evidente que a execução da primeira parcela do contrato se deu em data anterior à da assinatura do termo do contrato e, portanto, sem que houvesse formalização do mesmo... Ainda que o pagamento tenha ocorrido em data posterior à da assinatura do contrato, a contratação do serviço se deu em data anterior a celebração do contrato e sem a formalização do termo contratual..." (grifamos). Destacou ainda a relatora que *"a assinatura do contrato representou mera formalidade, já que na verdade as partes já haviam celebrado antes um contrato verbal"*, o que afronta a legislação, que só o admite em situações excepcionais (arts. 60, parágrafo único, e 62 da Lei 8.666/1993). Considerando que não houve a omissão alegada, o Tribunal negou provimento ao recurso. **Acórdão 2380/2013-Plenário, TC 015.335/2006-8, relatora Ministra Ana Arraes, 4.9.2013.**

4. A especificação, no edital, de produto ou bem cuja descrição e características correspondem a modelo exclusivo de determinado fabricante, sem que haja justificativas técnicas, afronta o disposto nos arts. 3º, caput e § 1º, e 7º, § 5º, da Lei 8.666/93 c/c o art. 9º da Lei 10.520/02.

Representação versando sobre pregão eletrônico realizado pela Prefeitura Municipal de Seringueiras/TO para aquisição de cultivadores motorizados com enxada rotativa, mediante emprego de recursos federais oriundos de convênio, apontara irregularidade no edital relativa à *"especificação de cultivador motorizado acoplado a enxada rotativa TA49 ...cuja descrição e características correspondem aos modelos exclusivos do fabricante Agritech Lavrale S.A."*. Em juízo de mérito, o relator anotou que, a despeito da mencionada descrição constar do plano de trabalho que integra o convênio, *"a especificação constante do edital não atende ao disposto no art. 7º, § 5º, da Lei 8.666/1993, segundo o qual 'É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório'"*. Acrescentou que o referido dispositivo legal, aplicado subsidiariamente ao pregão, permite a adoção de características e especificações exclusivas nos casos em que for tecnicamente justificável, *"situação não demonstrada pela administração municipal contratante"*. Ressaltou, por fim, que embora existam diversas marcas e modelos de cultivador motorizado com enxada rotativa, a descrição enxada rotativa "TA49" somente foi encontrada nos produtos da empresa Agritech, o que teria causado restrição indevida do caráter competitivo do certame. Nesse sentido, o Tribunal, acolhendo a proposta do relator, determinou a anulação do certame, sem prejuízo de cientificar a prefeitura da irregularidade, bem como o concedente e a instituição financeira interveniente da falha incorrida no plano de trabalho do convênio. **Acórdão 2387/2013-Plenário, TC 009.818/2013-8, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 4.9.2013.**

SEGUNDA CÂMARA

5. É legítima a adoção da licitação por lotes formados com elementos de mesma característica, quando restar evidenciado que a licitação por itens isolados exigirá elevado número de processos licitatórios, onerando o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, colocando em risco a economia de escala e a celeridade processual e comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Representação oferecida por Procurador da República, versando sobre suposta irregularidade em pregão presencial conduzido pelo município de Floriano/PI com recursos do FNDE no âmbito do PNAE, destinado à aquisição de gêneros alimentícios para a merenda escolar, apontara possível restrição à competitividade decorrente do parcelamento do objeto da licitação em lotes de itens. O representante alegara, a partir de relatório da CGU, *"que seria indevido agrupar itens em lotes, pois tal procedimento afrontaria o disposto nos arts. 15, inciso IV, e 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, defendendo que a divisão por itens melhor atenderia ao aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado local e impediria a participação de médias e grandes empresas locais, citando, para tanto, precedentes jurisprudenciais do TCU"*. Em sentido oposto, e também citando precedentes do Tribunal, o município argumentara que *"os dispositivos legais citados pela CGU estabelecem entendimento contrário, no sentido de que as compras, sempre que possível, devem ser divididas em tantas parcelas quanto forem necessárias ao aproveitamento das peculiaridades do mercado, em obediência ao princípio da economicidade, aduzindo que, por essa razão, a licitação foi dividida em dezesseis lotes, cujos itens foram agrupados conforme as particularidades de cada produto"*. Analisando o feito, anotou o relator a pertinência da representação, *"haja vista não ser a matéria, como visto, pacífica no âmbito do TCU, de sorte que, de certa maneira, enseja a análise de situações concretas, para que se possa*

concluir se houve, ou não, afronta à competitividade do certame". No caso vertente, em que 16 lotes contemplaram 107 itens, o relator consignou que a adoção da licitação por itens isolados exigiria *"elevado número de procedimentos para seleção"*, o que *"tornaria bem mais oneroso o trabalho da administração pública, sob o ponto de vista do emprego de recursos humanos e da dificuldade de controle, de sorte que poderia colocar em risco a economia de escala e a celeridade processual, comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa para a administração"*. E concluiu no sentido de considerar, diante de irregularidade formal apurada, a representação parcialmente procedente, anotando que *"diante das peculiares circunstâncias do presente caso concreto (...) a licitação por itens isolados poderia trazer indesejáveis riscos à administração pública, mostrando-se adequado, pois, o agrupamento desses itens em lotes, com elementos de mesma característica"*. O Plenário do TCU, ao acolher a proposta da relatoria, julgou parcialmente procedente a representação. **Acórdão 5301/2013-Segunda Câmara, TC 009.965/2013-0, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 3.9.2013.**

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