



Número 439

Sessões: 14, 15, 21 e 22 de junho de 2022

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

SUMÁRIO

Plenário

1. Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.
 2. É ilegal a exigência de apresentação de programa de integridade por parte das empresas participantes de licitação, como critério de habilitação, uma vez que o rol de documentos constante dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativo.
 3. Na hipótese de a certificação de qualidade ou o laudo exigido para o fornecimento do produto estar em desconformidade com a amostra apresentada pelo licitante, cabe ao pregoeiro diligenciar para que seja apresentado o documento correto, em vez de proceder à desclassificação da proposta, sobretudo quando há considerável diferença de preços entre esta e a dos licitantes subsequentes. Nesse caso, não há alteração na substância da proposta, pois o novo laudo apenas atesta condição preeexistente do produto ofertado, que já se encontrava intrínseca na amostra.
-

PLENÁRIO

1. Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.

Relatório de inspeção realizada em decorrência de representação formulada ao TCU envolvendo possíveis irregularidades em contratações celebradas no âmbito das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (Eletrobras) apontou, entre outras “não-conformidades”, a contratação direta por inexigibilidade de licitação, “sem demonstração regular e prévia de requisito legalmente previsto”, dos membros da Comissão Independente de Gestão da Investigação (Cigi), criada, mediante deliberação do Conselho de Administração da entidade, com o objetivo de apoiar tecnicamente o conselho nas investigações internas relacionadas com “atos e fatos apontados pela Operação Lava-Jato”. A unidade técnica concluiu que os procedimentos de seleção utilizados pela Eletrobras para a contratação dos membros da Cigi, por inexigibilidade de licitação fundada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, não estariam de acordo com as normas que regem a matéria ou com as “melhores práticas de seleção de fornecedores”. Instado a se manifestar, o Ministério Público de Contas (MPTCU) também concluiu pela irregularidade da contratação direta, sob o argumento de que a relação de atribuições da Cigi não se amoldaria à existência de qualquer característica, requisito, competência ou particularidade que pudesse conferir ao objeto características singulares, na medida em que representaria tão somente um trabalho de supervisão e controle das



investigações que seriam conduzidas. Nesse sentido, segundo o MPTCU, haveria inúmeros escritórios e firmas de consultoria que teriam condições de participar de processo licitatório para esse objeto. Em seu voto, o relator registrou sua discordância das instâncias precedentes. Ao tecer considerações quanto à legalidade do procedimento de inexigibilidade de licitação, o relator assinalou que a contratação direta com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 exige simultaneamente a demonstração dos seguintes requisitos: (i) que o objeto se inclua entre os serviços técnicos especializados previstos no art. 13 da mencionada lei; (ii) que tenha natureza singular; e (iii) que o contratado detenha notória especialização. Segundo ele, no caso em apreço, a notória especialização dos quatro membros da Cigi (ex-diretor da CVM, ex-ministra do STF, conselheiro fiscal da Eletrobras e professor livre-docente de controladoria e finanças do Programa de Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ) dispensava maiores digressões, por deterem inquestionável reputação e conhecimento nas áreas em que atuavam. Conforme o relator, o adequado acompanhamento das investigações no âmbito da estatal visando a apurar atos e fatos relacionados à Operação Lava Jato exigiriam conhecimento sobre mercado de capitais brasileiro e americano, legislação societária, legislação anticorrupção do Brasil e dos Estados Unidos e contabilidade, o que, para ele, parecia se amoldar aos perfis dos integrantes da Cigi. Adentrando no exame da singularidade do objeto, enfatizou que tal conceito não pode ser confundido com unicidade, exclusividade, ineditismo ou mesmo raridade, isso porque, “*se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, fulcrada no caput do art. 25, e não pela natureza singular do serviço*”. Além disso, o fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas “*não impede que exista a contratação amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993*”. Afirmou ainda não concordar com a argumentação do MPTCU no sentido de que “*a falsa aparência de singularidade do objeto decorreu, na verdade, da definição vaga e imprecisa dos serviços que seriam contratados*”, não havendo falar assim, sob a ótica do *Parquet*, em “*singularidade do objeto, que foi caracterizado basicamente por um trabalho de supervisão e controle das investigações que seriam conduzidas*”. O relator ponderou que, em alguns tipos de contratação, deve ser observada a relação que existe entre a singularidade do objeto e a notória especialização, e que embora tal fato não possa ser tomado como regra geral, a singularidade do objeto muitas vezes decorre da própria notória especialização de seu executor. Para essa corrente doutrinária, frisou o relator, a notória especialização envolveria uma espécie de singularidade subjetiva, que estaria associada ao profissional que executa o objeto. Prosseguiu enfatizando que, em alguns tipos de objeto, a própria escolha dos contratados acaba dependendo de uma análise subjetiva, e que não poderia ser diferente, pois se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos, a licitação não seria inviável. Seria ela impossível justamente porque há dificuldade de comparação objetiva entre as propostas, que estão atreladas aos profissionais que executarão os trabalhos. Destarte, “*nesse tipo de objeto, resta caracterizada a discricionariedade na escolha do contratado*”. A corroborar sua assertiva, o relator invocou o [Acórdão 204/2005-TCU-Plenário](#), do qual julgou oportuno transcrever o seguinte excerto: “*16. Verifica-se, então, do entendimento desse texto que o Administrador deve, na situação do inciso II do art. 25, escolher o mais adequado à satisfação do objeto. O legislador admitiu, no caso, a existência de outros menos adequados, e colocou, portanto, sob o poder discricionário do Administrador a escolha do contratado, sob a devida e indispensável motivação, inclusive quanto ao preço, ao prazo e, principalmente, o aspecto do interesse público, que deverá estar acima de qualquer outra razão.*”. Essa seria, a seu ver, a melhor interpretação da [Súmula TCU 264](#), a de que a contratação de serviços por notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação. Nesse contexto, observou que os integrantes da Cigi não se limitaram a prestar meros serviços de supervisão e acompanhamento das investigações em curso na Eletrobras, mas emprestaram os seus nomes, sua reputação, para que os resultados alcançados fossem considerados isentos, imparciais e independentes, de forma a obter a aceitação dos órgãos reguladores e dos agentes de mercado. Embora isso não necessariamente tornasse os contratados da Cigi prestadores de serviço exclusivos, “*não se pode olvidar que justifica sua contratação, caso presentes os requisitos exigidos para o enquadramento da contratação no inciso II do art. 25 da Lei 8.666/1993*”. Ademais, salientou que a impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento, aliada à discricionariedade do gestor na escolha dos profissionais a serem contratados, não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. E arrematou: “*A seleção deverá observar os critérios de notoriedade e especialização, sendo devidamente fundamentada no processo de contratação.*”. Assim sendo, o



relator concluiu pela caracterização da singularidade do objeto em tela e que a escolha dos contratados fora devidamente motivada, no que foi acompanhado pelos demais ministros.

Acórdão 1397/2022 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.

2. É ilegal a exigência de apresentação de programa de integridade por parte das empresas participantes de licitação, como critério de habilitação, uma vez que o rol de documentos constante dos arts. 27 a 31 da Lei 8.666/1993 é taxativo.

Representação formulada ao TCU noticiou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico para Registro de Preços 1/2021, promovido pelo Comando da 12ª Região Militar (12ª RM) com vistas à prestação de serviços de transporte aéreo de cargas e passageiros, cujo valor anual do contrato fora estimado em R\$ 7.975.738,80. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a “*exigência de que os licitantes apresentassem um Programa de Integridade como critério de habilitação (item 9.11.7 do edital), da qual decorreu restrição indevida no pregão, posto que, no caso concreto, referido item serviu como fundamento único para a inabilitação do licitante com proposta de menor preço, resultando em possível prejuízo ao erário de R\$ 880.800,00*”. Instado a se manifestar, o órgão ofereceu razões de justificativa, as quais não foram acolhidas pela unidade técnica. Em relação à justificativa de que a decisão do pregoeiro de inabilitar a empresa teria sido baseada no edital, em estrita observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a unidade técnica ponderou que o aspecto em discussão seria justamente o conteúdo do edital, especificamente seu item 9.11.7, que exigira programa de integridade como requisito de habilitação, criando restrição indevida à competitividade do certame. Quanto ao argumento de que a referida exigência, segundo o próprio texto do edital, teria inspiração na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), a unidade técnica esclareceu que não decorre da mencionada lei a possibilidade de se exigir programa de integridade nos processos de licitação, tampouco do decreto que a regulamenta (Decreto 8.420/2015). Segundo ela, a Lei 8.666/1993 estabelece, em seus arts. 27 a 31, rol taxativo de documentos de habilitação, e a própria jurisprudência do TCU reconhece que a lista de requisitos de habilitação prevista na Lei 8.666/1993 é exaustiva, a exemplo do [Acórdão 2197/2007-TCU-Plenário](#). De acordo com a unidade instrutiva, ainda que se pudesse admitir a aplicabilidade, por analogia, da Lei 14.133/2021 (nova lei de licitações e contratos), a despeito de esta prever, em seu art. 25, § 4º, a obrigatoriedade de se exigir programa de integridade nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, a nova lei prescreve que o programa de integridade somente deve ser exigido do licitante vencedor e no prazo de seis meses após a celebração do contrato. No caso em exame, prosseguiu a unidade técnica, “*a exigência foi de que tal programa fosse apresentado juntamente com a documentação de habilitação e, por consequência, por todos os licitantes (não apenas o vencedor), sem conceder-lhes qualquer prazo para a implantação do programa após vencida a licitação e incidindo sobre contratação cujo valor estimado (R\$7.975.738,80) era muito inferior ao que a lei estabelece como sendo de grande vulto*”. Na sequência, asseverou que, diante dessa irregularidade, a providência natural seria declarar a nulidade do edital da licitação e de todos os atos subsequentes. Não obstante, continuou ela, a cláusula indevida não chegou a restringir, de fato, a competitividade do pregão em análise, uma vez que cinco empresas apresentaram propostas, número que poderia ser considerado razoável, dada a natureza do objeto. Por outro lado, no que concerne à inabilitação da empresa classificada provisoriamente em primeiro lugar, em sede de apreciação de recurso, por não haver apresentado tempestivamente o programa de integridade exigido pelo item 9.11.7 do edital, mesmo tendo o pregoeiro reconhecido que a empresa possuía o referido programa, situação constatada pela própria equipe da 12ª RM por ocasião da inspeção técnica prevista no item 9.11.8 do edital, a unidade técnica assinalou que o excesso de formalismo foi agravado pelo fato de o único fundamento considerado pelo pregoeiro para inabilitar a empresa que apresentara o menor preço no certame ter sido justamente seu entendimento acerca do item 9.11.7 do edital, que continha exigência indevida, a qual, embora não tenha, de fato, restringido a competitividade no caso concreto, não possuía amparo legal. Por fim, enfatizou que as manifestações recebidas da unidade jurisdicionada foram no sentido de que a licitante apresentara o programa de integridade intempestivamente, isto é, somente quando da realização da inspeção técnica prevista no item 9.11.8 do edital, e não no momento da apresentação dos documentos de habilitação, e que essa foi a mesma justificativa dada pelo pregoeiro para julgar improcedente o recurso interposto pela licitante contra a sua inabilitação. Concluiu então que a decisão do pregoeiro fora ilegal, por excesso de rigor formal e por se basear em exigência de habilitação que extrapola o rol exaustivo previsto na legislação e na jurisprudência do TCU. Nos termos propostos pelo



relator, o qual anuiu integralmente ao entendimento da unidade técnica, o Plenário decidiu fixar prazo ao Comando da 12ª RM para anular a decisão do pregoeiro que inabilitou a licitante que apresentara a proposta mais vantajosa para a Administração no âmbito do PE/SRP 1/2021, tendo em vista que “*o ato em questão foi praticado com excesso de rigor formal e se baseou em exigência de habilitação que extrapola o rol exaustivo previsto na legislação, em desrespeito aos arts. 27 e 43, § 3º da Lei 8.666/1993, aos arts. 8º, inciso XII, alínea ‘h’; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019, assim como à jurisprudência do Tribunal (Acórdão 2.302/2012-TCU-Plenário, Acórdão 1.170/2013-TCU-Plenário e Acórdão 1.211/2021-TCU-Plenário)*”.

Acórdão 1467/2022 Plenário, Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz.

3. Na hipótese de a certificação de qualidade ou o laudo exigido para o fornecimento do produto estar em desconformidade com a amostra apresentada pelo licitante, cabe ao pregoeiro diligenciar para que seja apresentado o documento correto, em vez de proceder à desclassificação da proposta, sobretudo quando há considerável diferença de preços entre esta e a dos licitantes subsequentes. Nesse caso, não há alteração na substância da proposta, pois o novo laudo apenas atesta condição preexistente do produto ofertado, que já se encontrava intrínseca na amostra.

Representação formulada ao TCU apontou supostas irregularidades no Pregão Eletrônico para Registro de Preços 37/2020, promovido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), cujo objeto era a aquisição de uniformes (vestimentas operacionais profissionais) personalizados para atendimento às necessidades da Secretaria de Operações Integradas (Seopi) daquela Pasta. Segundo a representante, conforme o edital do pregão, a empresa licitante, provisoriamente classificada em primeiro lugar, deveria apresentar amostras do produto ofertado e os respectivos laudos atestando a aderência às especificações técnicas previstas no termo de referência. No entanto, sua proposta foi desclassificada sob o fundamento de que a amostra por ela apresentada para os itens 2 a 5 do pregão (bota tática ou coturno) seria diferente da bota que fora certificada no Relatório de Biomecânica 331/2020, emitido pelo Instituto Brasileiro de Tecnologia do Couro e Calçados (IBTeC/RS). Prosseguindo, alegou que as diferenças entre o calçado da amostra e o do mencionado laudo seriam insignificantes e que, por isso, sua desclassificação teria sido indevida, resultando na aceitação de propostas com preço superior em até 98,37%, perfazendo um potencial prejuízo total de R\$ 18.113.485,00. A unidade técnica decidiu promover a oitiva do MJSP para que se pronunciasse acerca da desclassificação da proposta da representante sem que lhe fosse oportunizada, em sede de diligência, a apresentação de laudo técnico que comprovasse o atendimento, pela sua amostra, dos requisitos de desempenho constantes do termo de referência, em desacordo com o entendimento consignado no [Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário](#), haja vista que tal laudo apenas atestaria uma situação preexistente da amostra, qual seja, atendimento ou não de requisitos exigidos pelo edital. O MJSP contestou a aplicação do referido acórdão ao caso concreto, por entender que não se tratava da apresentação de documento que atestaria situação preexistente. Conforme argumentado, o produto oferecido não seria o mesmo que fora objeto de certificação e, portanto, não havia comprovação de atendimento às exigências do termo de referência. Em sua instrução, a unidade técnica concluiu que, apesar de haver dúvidas sobre a aplicabilidade do [Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário](#) à situação em apreço, subsistiam os seguintes aspectos: a) constatado que o Relatório de Biomecânica 331/2020 se referia a produto distinto da amostra apresentada, seja por erro ou juízo equivocado da licitante, poderia o pregoeiro ter-lhe fixado prazo para apresentar o devido laudo relativo à amostra, em caráter de diligência, em vez de proceder à desclassificação da proposta da licitante; b) havia interesse público em diligenciar a licitante para requisitar a apresentação de laudo compatível com a amostra, tendo em vista que o valor da sua proposta era mais de R\$ 18 milhões inferior ao preço das propostas vencedoras do certame. Em seu voto, o relator considerou que teria havido sim, de parte da representante, equívoco em encaminhar amostra e laudo divergentes e, mais tarde, persistir na defesa da compatibilidade entre esses elementos. Por outro lado, assinalou o relator, a conduta do pregoeiro privilegiou o apego ao formalismo em detrimento da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração. A seu ver, embora o edital estabelecesse que a amostra física e o laudo deveriam ser entregues na mesma data, havia fundamento fático e jurídico para que a disposição fosse flexibilizada. Frisou ainda que as análises realizadas pela área técnica não apontaram desconformidade ou divergência entre a proposta da representante e a amostra entregue, confirmando-se assim que a amostra era efetivamente o produto que a empresa pretendia fornecer ao Ministério. Portanto, apresentados a amostra do produto ofertado e o laudo divergente, “seria razoável inferir que a licitante incorreu em equívoco”.



Considerando então que a amostra era o produto que seria fornecido e que teria havido claro equívoco na apresentação do laudo correspondente, “*caberia ao pregoeiro apontar expressamente a desconformidade e diligenciar para que fosse apresentado o documento correto*”. Para o relator, não haveria nesse caso alteração na substância da proposta, pois o novo laudo viria apenas atestar condição preexistente do produto ofertado, “*que se encontrava corporificado na amostra*”, e que essa situação se afigurava “*bastante próxima daquela descrita no Acórdão 1.211/2021-TCU-Plenário*”. E arrematou: “*Ainda que não fosse assim, o interesse público também justificaria seguir por uma linha de ação mais assertiva por parte do pregoeiro ante a considerável economia de recursos que se poderia obter na contratação.*”. Nos termos propostos pelo relator, e considerando que já estavam em vigor a Ata de Registro de Preços 28/2021, referente aos itens 1, 2 e 5, bem como a Ata de Registro de Preços 29/2021, referente aos itens 3 e 4, o Plenário decidiu determinar ao MJSP que se abstivesse de realizar novas aquisições ou permitir qualquer adesão adicional, “*autorizando-se tão somente a concluir a aquisição do pedido já emitido a que se refere à nota de empenho 2021NE000254*”.

Acórdão 1445/2022 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br

