



Número 403

Sessões: 27 e 28 de outubro; 3 e 4 de novembro de 2020

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. A constatação de inexecuibilidade de preço unitário durante a execução do contrato não é motivo, por si só, para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, uma vez que não se insere na álea econômica extraordinária e extracontratual exigida pelo art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. A oferta de preço inexecuível na licitação deve onerar exclusivamente o contratado, mesmo diante de aditivo contratual, em face do que prescreve o art. 65, § 1º, da mencionada lei.
2. É irregular a contratação de empresa detentora da patente de determinado medicamento por inexigibilidade de licitação caso haja outras empresas por ela autorizadas à comercialização do produto, pois evidente a viabilidade de competição.
3. No modo de disputa aberto e fechado (art. 31, inciso II, do Decreto 10.024/2019), o pregoeiro deve desclassificar lances manifestamente inexecuíveis durante a etapa aberta, uma vez que estes não podem servir de parâmetro à convocação de licitantes para a etapa fechada (art. 33, §§ 2º e 3º, do Decreto 10.024/2019), sob risco de prejuízo à competitividade do certame.

PLENÁRIO

1. A constatação de inexecuibilidade de preço unitário durante a execução do contrato não é motivo, por si só, para ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro da avença, uma vez que não se insere na álea econômica extraordinária e extracontratual exigida pelo art. 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/1993. A oferta de preço inexecuível na licitação deve onerar exclusivamente o contratado, mesmo diante de aditivo contratual, em face do que prescreve o art. 65, § 1º, da mencionada lei.

Por ocasião da apreciação do relatório da auditoria realizada para avaliar a regularidade das obras da Usina Hidroelétrica São Domingos, localizada no Estado de Mato Grosso do Sul, foi determinada, por meio do [Acórdão 852/2016-TCU-Plenário](#), a instauração de tomada de contas especial, em razão de indícios de superfaturamento no segundo termo de aditamento ao contrato celebrado pela Eletrosul, em regime de empreitada integral, que tinha por objeto o fornecimento de todos os serviços, bens e materiais para a implantação da referida usina. Realizada a citação solidária dos responsáveis, eles apresentaram alegações de defesa, as quais foram parcialmente acolhidas pela unidade técnica, reduzindo-se o valor do dano apurado. Em seu voto, não obstante acolher, em essência, as considerações da unidade técnica, o relator registrou discordância quanto à parcela do débito relativa ao transporte de areia incluído no preço unitário do concreto sem cimento. Frisou, preliminarmente, que “nas etapas processuais anteriores foi apurado que houve determinação da Eletrosul para que o concreto fabricado com o agregado de São Domingos fosse feito com areia natural, diferentemente do que estava previsto no contrato original. Dessa forma, considerando que a jazida mais próxima para o referido insumo estava no município de Três Lagoas (aproximadamente 220 km distante das obras, sendo 175 km em rodovia pavimentada e 45 km em rodovia não pavimentada), foi necessário incluir o transporte desse material na composição do serviço”. Portanto, segundo ele, “não se discute a pertinência, ou não, da realização desse ajuste, visto que se



trata de alteração qualitativa no objeto licitado, prevista no art. 65, inciso I, alínea 'a', da Lei 8.666/1993, aplicável à companhia estatal à época da execução do contrato ora em análise". Porém, fora impugnado o preço do mencionado transporte, no valor de R\$ 59,00/m³, pois já havia, na planilha contratual originalmente contratada, previsão de transporte de areia natural do município de Três Lagoas/MS para o canteiro de obras, no valor de R\$ 25,67/m³. O relator ressaltou que a unidade técnica acolheu o argumento de que o preço ofertado na licitação (R\$ 25,67/m³) seria inexequível, propondo utilizar como parâmetro o valor referencial de R\$ 57,60/m³, com base nos parâmetros do Sistema Sicro-2, de maio/2009. A aplicação do novo parâmetro, de R\$ 57,60/m³, resultaria na redução do superfaturamento observado no item, obtido em todos os serviços que utilizaram em sua composição o transporte de areia natural. Para o relator, no entanto, o exame procedido pela unidade instrutiva não observou o art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993, que estabelece a obrigação de o contratado aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato. Para ele, o transporte de areia não era um serviço novo, como alegado pelos responsáveis, não sendo aplicável o disposto no art. 65, § 3º, do mesmo diploma legal. O relator deixou assente que somente um aditivo fundamentado no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993 poderia amparar a alteração do preço do serviço contratado, ou seja, seria necessária a demonstração de alguma das hipóteses que autorizam o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, a saber: fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Segundo o relator, *"ainda que se considere que o preço ofertado para o transporte de areia (R\$ 25,67/m³) era inexequível, conforme alegado pelos responsáveis, tal fato não se presta para motivar a elevação do preço do serviço"*, isso porque *"a oferta de preço inexequível na licitação deve onerar exclusivamente o contratado, não se admitindo a elevação do valor ofertado em virtude do descuido da licitante na elaboração de sua proposta de preços"*. Propôs então a rejeição das alegações de defesa dos responsáveis em relação a essa parcela do débito, no que foi acompanhado pelos demais ministros.

Acórdão 2901/2020 Plenário, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler.

2. É irregular a contratação de empresa detentora da patente de determinado medicamento por inexigibilidade de licitação caso haja outras empresas por ela autorizadas à comercialização do produto, pois evidente a viabilidade de competição.

Ao apreciar representação que apontava irregularidades na aquisição, pelo Ministério da Saúde, de medicamento para o tratamento de pacientes com esclerose múltipla, objetivando atender à demanda do SUS por um período estimado de doze meses, o Tribunal decidiu, por meio do [Acórdão 1104/2020-TCU-Plenário](#), determinar ao órgão que *"não mais adquira o medicamento fingolimode por inexigibilidade de licitação, consoante verificado nos Contratos 24 e 36/2020, por infringência ao disposto no artigo 25, inciso I, da Lei 8.666/1993, uma vez que não restou comprovada a inviabilidade da competição, diante da existência no mercado de empresas distribuidoras autorizadas pelo próprio fabricante a fornecer o mesmo medicamento"*. Mais especificamente, em razão da existência de diversas empresas distribuidoras aptas a fornecer o aludido medicamento, o colegiado concluiu que seria viável a realização de licitação, não estando, pois, presentes os requisitos previstos no art. 25 da Lei 8.666/1993 para a contratação direta. Inconformada, a empresa detentora da patente do medicamento interpôs pedido de reexame, argumentando, em síntese, que, a despeito da existência de distribuidoras por ela autorizadas, *"a realidade fática justifica a compra do medicamento via inexigibilidade de licitação, pois as distribuidoras praticam um preço superior"* ao dela, uma vez que *"incluem no preço um percentual de lucro e os seus custos de logística"*. Em seu voto, o relator destacou preliminarmente que, a teor do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, somente em situações excepcionais, devidamente previstas na legislação, é permitida a realização de contratações pelo setor público sem prévia licitação. Nesse contexto, consignou que o art. 25 da Lei 8.666/1993 estabelece ser inexigível a licitação apenas quando houver inviabilidade de competição, destacando precedente jurisprudencial do TCU, segundo o qual é *"possível que laboratório farmacêutico conceda a determinada empresa representação exclusiva pontual de seus medicamentos (com período, local e objeto determinados), circunstância que justifica a inexigibilidade de licitação para a aquisição dos produtos distribuídos pela representante"*. Na situação dos autos, entretanto, *"o que se verifica é que o laboratório não concedeu a exclusividade de comercialização a nenhum fornecedor"*. Ao contrário, *"a própria recorrente afirmou nos autos*



que possui distribuidoras aptas a comercializar o medicamento”. Quanto ao argumento de que as distribuidoras autorizadas não teriam condições de competir com a recorrente em licitações envolvendo grandes quantidades de medicamentos, o relator ponderou que *“se trata de questão a ser resolvida no bojo de cada processo licitatório. Ou seja, é mediante esse processo competitivo que se terá condições de avaliar a melhor proposta para a administração pública, não cabendo antever resultados para se justificar a não realização de licitação”*. Assim sendo, nos termos da proposta do relator, o Plenário decidiu negar provimento ao recurso.

Acórdão 2950/2020 Plenário, Pedido de Reexame, Relator Ministro Benjamin Zymler.

3. No modo de disputa aberto e fechado (art. 31, inciso II, do Decreto 10.024/2019), o pregoeiro deve desclassificar lances manifestamente inexequíveis durante a etapa aberta, uma vez que estes não podem servir de parâmetro à convocação de licitantes para a etapa fechada (art. 33, §§ 2º e 3º, do Decreto 10.024/2019), sob risco de prejuízo à competitividade do certame.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 65/2020, realizado pela Câmara dos Deputados, com modo de disputa de lances aberto e fechado, cujo objeto era a *“prestação de serviços continuados, por alocação de postos de trabalho, na área de manutenção de instalações elétricas e hidrossanitárias, incluindo, sob demanda, fornecimento de materiais e prestação de serviços”*, pelo período de doze meses, com valor estimado em R\$ 13.769.749,21. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a não desclassificação, pelo pregoeiro, do *“lance manifestamente inexequível, de R\$ 13.014,97, (...) tal como procedeu outras três vezes em que foram apresentados lances próximos a esse valor, dado o que estabeleciam as cláusulas 7.10 e 10.2 do edital do certame, o que reduziu o universo de licitantes aptas a participar da etapa de lances fechados da licitação, em possível prejuízo da proposta mais vantajosa no certame”*. Realizada a oitava prévia, a unidade jurisdicionada assim se manifestou em essência: a) *“os lances inexequíveis não foram excluídos da disputa por inércia ou vontade do pregoeiro. Na dinâmica dos pregões, determinadas ações não dependem da vontade do aludido profissional ou dos licitantes. É o caso, por exemplo, do encerramento dos lances na etapa aberta”*; b) *“em razão de atraso do sistema em atualizar a tela do pregoeiro ou por qualquer outro motivo técnico, não foi possível ao pregoeiro identificar que a licitante havia ofertado, num intervalo de 4 minutos, por mais três ocasiões, lances inexequíveis”*; c) *“a não exclusão dos lances inexequíveis não resultou em qualquer prejuízo à competitividade do certame”*; d) *“os descontos obtidos na licitação foram consideráveis”*. Em sua instrução, a unidade técnica destacou preliminarmente que *“no modo de disputa aberto e fechado, previsto no art. 31, inciso II, do Decreto 10.024/2019, o pregoeiro pode intervir quando, por exemplo, verifica que há lances inexequíveis (art. 28 do Decreto 10.024/2019)”*, e que *“a situação fática observada já impunha o dever de cuidado objetivo por parte do pregoeiro, já que mesmo com as seguidas desclassificações, a empresa insistia em apresentar lances obviamente inexequíveis”*, sendo que o *“último lance, de R\$ 13.014,97, acabou parametrizando a convocação para a etapa fechada do certame, conforme determina o § 3º do art. 33 do Decreto 10.024/2019”*. Considerando que a etapa fechada se iniciou dez minutos depois do lance inexequível, a unidade técnica ponderou que esse tempo seria *“razoável para a percepção por parte do pregoeiro de que havia um lance de valor muito baixo inserido na disputa, mesmo considerando que exista um delay entre a informação dos valores e sua visualização (que dura segundos, diga-se)”*. Essa situação, consoante a unidade instrutiva, afastaria os argumentos de que a conduta do pregoeiro fora adequada e de que não houvera prejuízo à competitividade, mas não seria suficiente, segundo ela, para que se determinasse a anulação do certame. A seu ver, as propostas apresentadas na etapa fechada poderiam ser consideradas satisfatórias, já que apresentaram bom desconto com relação ao valor estimado para um objeto que é bastante competitivo (terceirização de serviços), além do que o certame contou com a participação de vinte e duas empresas. Destarte, o erro imputável ao pregoeiro poderia ser entendido como escusável. Ao anuir às considerações da unidade técnica, o relator enfatizou que o lance inexequível acabou parametrizando a convocação para a etapa seguinte e afastando algumas empresas da disputa, razão por que deveria ter sido desclassificado. Todavia, tal erro não seria suficiente para a anulação do certame, sobretudo porque *“as propostas apresentaram desconto razoável em relação ao valor estimado (maior que 12%) e que não há como afirmar que a presença de outras empresas teria redundado em preço menor ou em outra empresa vencedora, ou seja, não há certeza da ocorrência de prejuízo à administração ou a alguma empresa específica”*. Assim sendo, nos termos da proposta do relator, o Plenário decidiu considerar parcialmente procedente a representação, sem prejuízo de dar ciência à Câmara dos Deputados sobre a seguinte impropriedade identificada



no certame, com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes: “ausência de desclassificação de lances manifestamente inexequíveis durante a etapa aberta de disputa do pregão, todos oferecidos pela mesma empresa, o último dos quais serviu de parâmetro para convocação de licitantes para a etapa fechada da disputa, o que poderia ter redundado em prejuízos à competitividade do certame”.

Acórdão 2920/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaaleconosco@tcu.gov.br

