



Número 232

Sessões: 3 e 4 de março de 2015

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 Administração deve observar, em suas contratações, a prática de preços de mercado, de acordo com o princípio da economicidade, não cabendo questionar os custos tributários efetivamente incorridos pelas contratadas, tampouco remunerá-las ou apontar sobrepreço de acordo com esses custos. A efetiva carga tributária de cada empresa é matéria intrínseca de sua estrutura administrativa e componente de sua estrutura de custos, a qual não deve servir de base para remunerações contratuais.
2. Aplicam-se as disposições da Lei 8.666/93, quanto ao prazo máximo de vigência contratual de sessenta meses, aos contratos regidos pelo Decreto 2.745/98 (Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras). A ausência de norma estabelecendo os prazos máximos de vigência dos contratos administrativos violaria o princípio constitucional da impessoalidade, na medida em que concederia excessivo poder discricionário ao gestor público, a quem competiria decidir pela prorrogação do contrato ou pela realização de nova licitação.
3. A adesão ao Simples Nacional não se faz necessária para que empresas sejam classificadas como EPP ou ME e tampouco é imprescindível para que sejam beneficiadas pela Lei Complementar 123/06.
4. Permitir que produtos adquiridos e pagos fiquem em poder do fornecedor caracteriza pagamento antecipado, vedado pelos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, mesmo diante da existência de documento de autorização para posterior recebimento do material do fornecedor.

PLENÁRIO

1. A Administração deve observar, em suas contratações, a prática de preços de mercado, de acordo com o princípio da economicidade, não cabendo questionar os custos tributários efetivamente incorridos pelas contratadas, tampouco remunerá-las ou apontar sobrepreço de acordo com esses custos. A efetiva carga tributária de cada empresa é matéria intrínseca de sua estrutura administrativa e componente de sua estrutura de custos, a qual não deve servir de base para remunerações contratuais.

Pedidos de Reexame interpostos por gestores da Petróleo Brasileiro S. A. (Petrobras) requereram a reforma de deliberação pela qual os responsáveis foram condenados ao pagamento de multa em razão, dentre outras, da falta de averiguação da efetiva carga tributária suportada pela contratada, relativa aos tributos PIS e Cofins. Ao apreciar o recurso, o relator evidenciou as dificuldades de se apurar a carga tributária das contratadas, destacando que, a partir das Leis 10.637/02 (PIS) e 10.833/03 (Cofins), esses tributos, em determinadas situações, passaram a ser cobrados sob o sistema da não cumulatividade, no qual *“a empresa poderá se beneficiar de créditos referentes à incidência desses tributos sobre as diversas etapas de sua cadeia produtiva e de comercialização”*. Dessa forma, explicou o relator, a efetiva carga tributária de cada empresa dependerá do seu perfil de dispêndio e de diversas outras variáveis, sendo permitido ainda que a empresa, na execução de determinado contrato, utilize créditos tributários de outras operações comerciais, ou transfira para outras operações créditos obtidos na execução contratual. Nesse sentido, citou o [Acórdão 2.531/2013-Plenário](#), que

retratou a dificuldade de apuração dos créditos tributários, uma vez que “*ter-se-ia que analisar toda a cadeia de produção ou comercialização da empresa, aferindo-se caso a caso o enquadramento de cada situação na legislação tributária e os seus eventuais efeitos financeiros*”. Sobre o caso concreto, observou que não se trata de modalidade de execução denominada “administração contratada”, na qual a remuneração contratual depende dos custos efetivamente ocorridos, destacando que, nos contratos administrativos em geral, o que importa é verificar se foram praticados preços de mercado. “*Ou seja, depois de fixado o preço de mercado pela administração, considerando-se, no caso, a carga tributária usual de mercado, e, de acordo com esse critério, fixado o valor do item contratado, não cabe à administração perquirir os custos efetivamente incorridos pelas contratadas de forma a remunerá-la de acordo com esses custos*”. Ressaltou ainda que, em um ambiente de competitividade empresarial, é razoável que a empresa considere eventuais vantagens de seu planejamento tributário quando da elaboração de suas propostas, de forma que “*a existência de eventuais créditos tributários não considerados expressamente na proposta da contratada não indica, por si só, a existência de sobrepreço*” (Acórdão 2.531/2013-Plenário). Por fim, registrou que “*a carga tributária de cada empresa é matéria intrínseca de sua estrutura administrativa e componente de sua estrutura de custos, a qual não deve servir de base para remunerações contratuais. Caso se entenda de forma diversa, estar-se-ia admitindo que empresas com menor carga tributária (v.g. microempresas e empresas de pequeno porte) deveriam ser remuneradas, pela execução de idêntico objeto contratual, por valores menores do que os auferidos pelas demais empresas. Haveria, de forma indireta, uma interferência nas margens de lucro a serem auferidas nas contratações, o que iria de encontro ao princípio da livre iniciativa*”. Considerando que a falta de averiguação da efetiva carga tributária da contratada não configurou irregularidade, o Tribunal, seguindo o voto do relator, afastou a sanção em relação ao ponto. **Acórdão 332/2015-Plenário, TC 009.847/2008-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 4.3.2015.**

2. Aplicam-se as disposições da Lei 8.666/93, quanto ao prazo máximo de vigência contratual de sessenta meses, aos contratos regidos pelo Decreto 2.745/98 (Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras). A ausência de norma estabelecendo os prazos máximos de vigência dos contratos administrativos violaria o princípio constitucional da impessoalidade, na medida em que concederia excessivo poder discricionário ao gestor público, a quem competiria decidir pela prorrogação do contrato ou pela realização de nova licitação.

Ainda nos Pedidos de Reexame interpostos por gestores da Petrobras, os recorrentes requereram a insubsistência de determinação dirigida à estatal para que “*diante da omissão do Decreto 2.745/1998 – que aprova o regulamento licitatório simplificado da Petrobrás –, fosse observado o prazo máximo de vigência contratual de 60 meses, nos termos do disposto na Lei 8.666/1993*”. A determinação fora efetuada em razão de sucessivas prorrogações da vigência de contrato, fazendo com que perdurasse por cerca de dez anos. Em suas razões recursais, a Petrobras alegou que “*o procedimento é lícito porque a Lei 8.666/1993 não se aplica à estatal e o Decreto 2.745/1998 não estabelece restrição à duração dos ajustes contratuais*”. A esse respeito, o relator citou o **Acórdão 1.375/2013-Plenário**, segundo o qual “*o passar do tempo impõe a confirmação, mediante nova licitação, de que estão sendo atendidos os preceitos constitucionais referentes às contratações públicas*”. Nessa linha, “*não é compatível com o ordenamento jurídico que os contratos administrativos estejam sujeitos a excessivos prazos de vigência, pois tal entendimento iria de encontro ao princípio constitucional da necessidade de realização de licitações públicas. Esse entendimento (...) independe de a avença inicial ter sido celebrada com prazo de vigência indeterminado ou com prazo determinado sujeito a sucessivas prorrogações*”. Ressaltou ainda o relator que “*o Decreto 2.745/1998 padece de lacuna a ser preenchida mediante o pertinente processo de integração*”, motivo pelo qual seriam aplicáveis as disposições da Lei 8.666/93 sobre a matéria. Além disso, “*a ausência de norma estabelecendo os prazos máximos de vigência dos contratos administrativos pode propiciar a violação ao princípio constitucional da impessoalidade, na medida em que se concederia excessivo poder discricionário para o gestor público, a quem competiria decidir pela prorrogação do contrato ou pela realização de nova licitação*”. O Plenário do Tribunal, alinhado ao voto do relator, rejeitou os argumentos recursais no ponto, mantendo a determinação recorrida. **Acórdão 332/2015-Plenário, TC 009.847/2008-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 4.3.2015.**

3. A adesão ao Simples Nacional não se faz necessária para que empresas sejam classificadas como EPP ou ME e tampouco é imprescindível para que sejam beneficiadas pela Lei Complementar 123/06.

Pedidos de Reexame interpostos por sociedade empresária e pela Secretaria Executiva do Comitê Gestor do Simples Nacional questionaram deliberação do TCU mediante a qual a primeira recorrente fora declarada inidônea para participar de licitações na Administração Pública Federal pelo período de seis meses, em virtude de fraude à licitação, e fez determinações à segunda. O órgão questionou determinação dirigida ao Comitê

Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN) para que estudasse “formas de aprimorar os procedimentos de fiscalização do cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional, a fim de verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006”. A recorrente pontuou que “a competência do CGSN está restrita à fiscalização do simples nacional, não interferindo diretamente no enquadramento das empresas licitantes como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP)”. Analisando o mérito desse recurso, o relator reconheceu que “a determinação exarada por este colendo Tribunal relaciona-se ao aprimoramento de procedimentos de fiscalização do cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao simples nacional, assunto este não contemplado pela representação” apreciada pelo acórdão recorrido. Nesse mister, aduziu, “a adesão ao Simples Nacional não se faz necessária para que as empresas sejam classificadas como EPP ou ME e tampouco é imprescindível para que as empresas sejam beneficiadas pela Lei Complementar 123/2006”. Tal entendimento, prosseguiu, coaduna-se com “a recente alteração promovida pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014, mediante a qual foi incluído o artigo 3-B na Lei Complementar 123/2006, em que é expresso que os dispositivos da Lei Complementar 123/2006 são aplicáveis ‘a todas as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas pelos incisos I e II do **caput** e § 4º do art. 3º, ainda que não enquadradas no regime tributário do Simples Nacional’”. Nesse sentido, o Plenário do TCU, acolhendo a proposta do relator, ao tempo em que negou provimento ao recurso da sociedade empresária, proveu parcialmente o Pedido de Reexame interposto pela Secretaria Executiva do Comitê Gestor do Simples Nacional, alterando a redação da determinação questionada, de modo a harmonizá-la com as disposições da Lei Complementar 123/06. **Acórdão 330/2015-Plenário, TC 028.839/2012-9, relator Ministro Vital do Rêgo, 4.3.2015.**

4. Permitir que produtos adquiridos e pagos fiquem em poder do fornecedor caracteriza pagamento antecipado, vedado pelos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64, mesmo diante da existência de documento de autorização para posterior recebimento do material do fornecedor.

Em Auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Itapiúna/CE, com o objetivo de verificar a aplicação de recursos federais recebidos em 2009 e 2010 por meio dos programas Pnae, Pnate, PSF, Bolsa Família e de transferências voluntárias, fora realizada audiência dos responsáveis em razão, dentre outros achados, de pagamento antecipado na aquisição de merenda escolar. Analisando a questão, o relator aduziu não haver “como justificar o procedimento adotado pela prefeitura no tocante à aquisição de merenda escolar, por meio do qual os produtos adquiridos e já pagos ficavam em poder do fornecedor”. No caso, prosseguiu, “a prefeitura recebia um documento denominado ‘Carta de Crédito’, que consistia em uma autorização para posterior recebimento do material do fornecedor”. E concluiu asseverando tratar-se de “prática de pagamento antecipado, vedado pelos arts. 62 e 63 da Lei. 4.320/1964, altamente temerária, na medida que submete o ente municipal ao risco de não receber os bens adquiridos e pagos”. Nesse sentido, o Plenário rejeitou esta e as demais justificativas apresentadas pelos responsáveis, aplicando-lhes individualmente a multa capitulada no inciso II do art. 58 da Lei 8.443/92. **Acórdão 358/2015-Plenário, TC 003.261/2011-5, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 4.3.2015.**

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