

Sessões: 11 e 12 de maio de 2010

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 na(s) data(s) acima indicada(s), relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, da jurisprudência do TCU quanto aos aspectos relevantes que envolvem o tema. Por esse motivo, 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.

SUMÁRIO**Plenário**

Responsabilidade da empresa de pequeno porte (EPP) pela apresentação, perante a Junta Comercial, da “Declaração de Desenquadramento”;

Uso do pregão previamente à contratação do serviço de elaboração do estudo de impacto ambiental.

Concorrência para execução de obra:

1 - Exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante, para fim de qualificação técnico-profissional;

2 - Ilicitude da terceirização, de forma permanente, da atividade-fim da empresa licitante;

Comprovação, para fim de qualificação técnica, da aptidão para desempenho de atividade “*pertinente e compatível em características, quantidades e prazos*” com o objeto da licitação;

BDI diferenciado para fornecimento de materiais e equipamentos.

Segunda Câmara

Necessidade da comprovação, mesmo nas contratações diretas, da regularidade fiscal e da seguridade social; Marco inicial e data limite para a contratada pleitear repactuação de preços.

PLENÁRIO**Responsabilidade da empresa de pequeno porte (EPP) pela apresentação, perante a Junta Comercial, da “Declaração de Desenquadramento”**

Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade atribuída à empresa Centerdata Análises de Sistemas e Serviços Ltda., por haver participado de licitações na condição de empresa de pequeno porte (EPP), obtendo os benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), “*sem ostentar a condição que permitia o seu enquadramento como EPP*”. Realizada a oitiva da Centerdata, oportunidade em que se lhe informou a possibilidade de ser apenada com a sanção prevista no art. 46 da Lei n.º 8.443/92 (declaração de inidoneidade para participar de licitação na administração pública federal por até cinco anos), a empresa alegou que teria participado das licitações como EPP porque estaria assim enquadrada desde 1º/07/2007 – condição certificada pela Junta Comercial –, e não teria sido informada da perda daquela qualificação. Em seu voto, o relator destacou que, perante a administração, a qualificação como ME ou EPP é feita mediante “*declaração da Junta Comercial*”, que a expede com base em informação da empresa interessada, ao requerer à respectiva Junta o arquivamento da “*Declaração de Enquadramento de ME ou EPP*”. Da mesma forma, cessadas as condições que permitiam o aludido enquadramento, “*a empresa deverá fazer a Declaração de Desenquadramento*”. Segundo o relator, tais ações “*competem exclusivamente às empresas interessadas em auferir os benefícios da LC 123/2006*”, tratando-se, pois, de “*ato declaratório*”, de iniciativa de quem pretenda usufruir dos referidos benefícios. No caso concreto, pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da administração pública federal (Siafi, Siasg e Comprasnet) indicaram que a Centerdata, apesar de possuir faturamento bruto superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar n.º 123/2006 (R\$ 2.400.000,00), “*venceu licitações na qualidade de EPP e se beneficiou indevidamente dessa condição*”, tendo a apuração sido feita com base no somatório de ordens bancárias recebidas pela empresa, nos anos anteriores aos das licitações em que se sagrou vencedora. Para o relator, enquanto a empresa não firmar a “*Declaração de Desenquadramento*”, a Junta Comercial expedirá, sempre que solicitada, a “*Certidão Simplificada*” a que fez alusão a Centerdata em suas razões de justificativa. Portanto, a informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, “*era responsabilidade da empresa Centerdata que, por não tê-la feito e por ter auferido indevidamente dos*

benefícios da LC 123/2006, ação que caracteriza fraude à licitação, deve ser declarada inidônea para participar de licitações da administração pública federal”. O Plenário acolheu o voto do relator. Acórdão n.º 1028/2010-Plenário, TC-005.928/2010-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 12.05.2010.

Uso do pregão previamente à contratação do serviço de elaboração do estudo de impacto ambiental

Representação formulada ao TCU indicou supostas irregularidades no Pregão Presencial n.º 034/2009, promovido pela Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ), cujo objeto era a elaboração do estudo de impacto ambiental (EIA), acompanhado do respectivo relatório de impacto ambiental (Rima), das obras de implantação do terminal de granéis sólidos no Porto de Itaguaí. A representante requereu que o TCU suspendesse, cautelarmente, o processo licitatório, alegando que o objeto do certame não poderia ser classificado como serviço de natureza comum, haja vista o seu “*elevado nível de complexidade técnica*”, sendo, pois, imprópria a modalidade licitatória eleita. Na oportunidade, o relator determinou a suspensão cautelar do pregão, além da oitiva da licitante vencedora, para se pronunciar sobre os fatos apontados na representação, e da CDRJ, para se manifestar acerca dos critérios adotados para a “*classificação do objeto do pregão entre serviços de natureza comum*”. Em resposta, a CDRJ afirmou estar disponível “*imensa quantidade*” de informações e de dados históricos que facilitariam a elaboração do EIA/Rima, além de ser aplicável a Instrução Técnica n.º 034/2009, do Instituto Estadual do Ambiente do Estado do Rio de Janeiro (Inea), que definiria “*o objeto e o detalhamento de estudos e de relatórios de impacto ambiental*”. Para o relator, “*independentemente de se tratar, ou não, de serviço de engenharia complexo, conforme alegado pela representante, o objeto do certame em análise se incluiria no grupo de serviços considerados comuns*”, requisito necessário para a contratação via pregão. “*Isto, porque não é o grau de complexidade do objeto ou a área do conhecimento necessário para produzi-lo, que define se um bem ou um serviço pode ou não ser considerado comum. Para isto, necessário sim haver a possibilidade de que, uma vez descrito, o objeto seja identificável pelos potenciais prestadores do serviço e pelo contratante, e, ainda, que este seja ofertado no mercado com características que não variem muito conforme o fornecedor.*”. Antes de se pronunciar sobre o mérito, o relator considerou necessário ouvir o Inea, em especial sobre a suficiência dos dados que a CDRJ mencionou para a elaboração do EIA/Rima objeto da licitação em tela, e ainda sobre a existência de métodos padronizados para a “*realização de levantamento complementar de dados eventualmente necessários*”. Tendo o Coordenador de Avaliação dos EIA/Rima no Inea confirmado as informações fornecidas pela CDRJ, o relator concluiu pela improcedência da representação, chamando, ainda, a atenção para o fato de que “*nem sempre será apropriada a realização de pregão para contratar a elaboração de EIA/Rima. A qualidade deste serviço depende diretamente da qualidade dos dados utilizados e das informações produzidas, o que é de difícil aferição pelo órgão/entidade contratante*”. No caso concreto, “*isto está razoavelmente assegurado pela existência prévia de estudos confiáveis sobre as características ambientais da área de implantação do projeto. Quando isto não ocorrer, deve-se analisar a possibilidade de se especificar, no edital, os métodos que serão utilizados para coleta e para tratamento de dados, e, ainda, se isto será suficiente para garantir as condições necessárias para a contratação via pregão*”. O Plenário acolheu o voto do relator. Acórdão n.º 1039/2010-Plenário, TC-029.031/2009-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 12.05.2010.

Concorrência para execução de obra: 1 - Exigência de vínculo empregatício entre o responsável técnico e a empresa licitante, para fim de qualificação técnico-profissional

É desnecessário, para fim de comprovação da capacitação técnico-profissional, prevista no art. 30, §1º, I, da Lei n.º 8.666/93, que o profissional mantenha vínculo empregatício, por meio de contrato de trabalho, sendo suficiente prova da existência de contrato de prestação de serviço regido pela legislação civil comum. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação acerca de possíveis irregularidades existentes nos editais das Concorrências n.ºs 016/2009, 022/2009 e 026/2009, promovidas pela Gerência Executiva do Instituto Nacional do Seguro Social em Belém/PA, para a construção de agências de atendimento da Previdência Social. A representante contrapõe-se à exigência constante do item 2.3, alíneas “c”, “e” e “f”, dos respectivos editais, que obriga a licitante a fazer prova de que o responsável técnico (engenheiro) integra o seu quadro permanente, mediante vínculo empregatício ou mesmo societário, não aceitando que ele seja profissional autônomo, contratado pela licitante para a prestação de serviço, em desacordo com a jurisprudência do TCU. A unidade técnica, em face das circunstâncias do caso concreto, manifestou-se pela procedência parcial da representação, propondo, ainda, a expedição de determinação corretiva à entidade, para futuros certames. Para o relator, “*as particularidades que encerram o caso concreto justificam o encaminhamento formulado pela unidade técnica, especialmente pelos seguintes*

*pontos destacados na instrução: a) em que pese o entendimento consolidado na jurisprudência do TCU, não houve determinação diretamente direcionada à Gerência Executiva do INSS no Pará, no sentido de exigir que a autarquia abstenha-se de limitar que a comprovação de qualificação técnico-profissional se dê exclusivamente pelos meios constantes dos editais em exame (Concorrências nº 016, 022 e 026/2009); b) a possibilidade de comprovação de vínculo entre o profissional e a empresa, para efeito de qualificação técnico-profissional, via contrato de prestação de serviço, ainda não é uma prática totalmente pacificada no âmbito administrativo - não obstante estar em constante evolução -, de igual sorte na esfera doutrinária; c) a exigência editalícia não ocorreu por critérios subjetivos, mas, pelo contrário, por exigência objetiva calcada em interpretação restritiva da norma, em observância aos princípios constitucionais, não podendo, assim, ser considerada manifesta ilegalidade.” Ao final, o relator registrou que, “inobstante a restrição causada à empresa representante, não há elementos nos autos que comprovem que a exigência inquinada resultou em prejuízo à competitividade dos certames ou à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração. Ao contrário, os documentos constantes dos autos, pelo menos no que toca à Concorrência n.º 022/2009, demonstram que 4 (quatro) empresas participaram efetivamente da licitação, e que o preço da proposta vencedora resultou em uma diferença, a menor, de 19% em relação ao valor global estimado no edital.” O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 2.297/2005, 361/2006, 291/2007, 597/2007, 1.908/2008, 2.382/2008 e 103/2009, todos do Plenário. **Acórdão n.º 1043/2010-Plenário, TC-029.093/2009-1, rel. Min. José Jorge, 12.05.2010.***

Concorrência para execução de obra: 2 - Ilicitude da terceirização, de forma permanente, da atividade-fim da empresa licitante

Ainda quanto à exigência editalícia que obriga a licitante a fazer prova de que o responsável técnico (engenheiro) integra o seu quadro permanente, mediante vínculo empregatício ou mesmo societário, não se aceitando que o mesmo seja profissional autônomo, contratado pela licitante para prestação de serviço, o relator salientou que a exigência fora motivada por situação anterior vivenciada pelo INSS, em decorrência de contratação de empresa para execução de obra de reforma de uma de suas agências, o que estaria a demonstrar que “os responsáveis agiram no intuito de resguardar os interesses da entidade”. Consoante informou o INSS, em causa trabalhista envolvendo engenheiro responsável técnico e a respectiva empresa contratada, o magistrado julgou que a condição de empregado estava perfeitamente caracterizada, razão pela qual a entidade foi condenada, subsidiariamente, ao pagamento de todos os encargos trabalhistas referentes ao período de vigência do contrato. Em seu voto, o relator fez ressalva “à conclusão lá lançada de que, a partir desse precedente, poder-se-ia afirmar que o entendimento do TCU relacionado a esse tema estaria equivocado, porquanto as circunstâncias que eventualmente balizaram a decisão do juízo trabalhista, no sentido de qualificar o prestador de serviço como empregado, não podem ser generalizadas”. Isso porque “pode ter ocorrido um desvirtuamento no contrato de prestação de serviços, levando o magistrado a considerar presentes os elementos do contrato de trabalho, como habitualidade, pessoalidade e subordinação, a teor do que dispõe o art. 3º da CLT, o que, contudo, não permite concluir que toda prestação de serviço assim o seja”. Da mesma maneira, o relator considerou que o entendimento firmado na Justiça do Trabalho, “consoante mencionado no Despacho interlocutório, no sentido de ser ilegal a terceirização da atividade-fim das empresas públicas ou privadas, não é óbice à aplicação da jurisprudência do TCU, muito menos que esta estaria a albergar ou estimular a violação aos direitos trabalhistas”. Para o relator, “não há como asseverar, **a priori**, que toda contratação de prestação de serviços de responsabilidade técnica configure-se terceirização da atividade-fim da empresa contratada pela Administração, o que, de forma contrária, demandaria o exame do objeto social da empresa, sua atividade principal e seu porte etc., questões que, definitivamente, refogem à competência desta Corte. [...] sem querer adentrar na seara trabalhista, verifico que os precedentes reputam como ilícita a terceirização da atividade-fim de ‘forma permanente’, o que, a meu ver, comporta particularidades, especialmente sabendo a dinâmica que marca a atuação das empresas no mercado privado, pois, numa situação de contingência ou mesmo de estratégia comercial, poderia a empresa utilizar-se do prestador de serviço para incrementar sua força de trabalho, não se configurando, por si só, a terceirização ilícita.” Assim sendo, “conquanto possa realmente aumentar a probabilidade de que Administração Pública venha a ser responsabilizada pelo pagamento de obrigações trabalhistas, essa situação deve ser vista como exceção, não podendo, por outro lado, ser olvidado que a jurisprudência do TCU sobre o tema, desde há muito já pacificada, tem por propósito conferir maior competitividade aos certames licitatórios, atendendo, deste modo, ao preceito legal da busca da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, Lei n.º 8.666/1993)”. O Plenário anuiu ao entendimento do relator. **Acórdão n.º 1043/2010-Plenário, TC-**

029.093/2009-1, rel. Min. José Jorge, 12.05.2010.

Comprovação, para fim de qualificação técnica, da aptidão para desempenho de atividade “pertinente e compatível em características, quantidades e prazos” com o objeto da licitação

Representação oferecida ao TCU indicou possíveis irregularidades na Concorrência n.º 4/2009, do tipo “técnica e preço”, promovida pelo Ministério do Esporte, tendo por objeto a “contratação de empresa ou consórcio para o fornecimento de equipamentos, implantação e manutenção de sistemas de controle de acesso e monitoramento de imagens dos estádios brasileiros utilizados no Campeonato Brasileiro das séries ‘A’ e ‘B’, doravante denominado Projeto Torcida Legal”. A oitiva da Secretaria Executiva do Ministério do Esporte abarcou, entre outras exigências editalícias, a “utilização, na cláusula 6.2.4, ‘g’, da expressão ‘entidades futebolísticas’, sem esclarecer o efetivo significado desta, devendo também ser explicitado se o atestado previsto na cláusula em questão compreenderia serviços realizados tanto em estádios públicos quanto em estádios privados”. Preliminarmente, o relator enfatizou que o art. 30, II, da Lei n.º 8.666/93 admite, como exigência de qualificação técnica, que o licitante comprove aptidão para desempenho de atividade “pertinente e compatível em características, quantidades e prazos” com o objeto da licitação. No caso concreto, em concordância com a conclusão a que chegou a unidade técnica, ponderou que “o atestado, em vez de ficar limitado à experiência junto a entidades futebolísticas, poderia admitir a prestação de serviços de automação de locais com dimensões e expectativa de público compatíveis com as dos estádios de futebol (estações de metrô, ginásios de esporte, autódromos, sambódromos etc.), sem prejuízo de se considerar a possibilidade de se dar maior pontuação aos atestados que comprovassem a experiência de automação em estádios de futebol”. Nesse sentido, a exigência editalícia limita, “injustificadamente, a participação de licitantes em potencial”. Considerando, no entanto, já ter sido publicado o ato de revogação da aludida concorrência, e não ter sido cogitada a má fé dos gestores envolvidos, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao órgão, para eventual novo edital de licitação, lançado em substituição à Concorrência n.º 4/2009. **Acórdão n.º 1041/2010-Plenário, TC-028.358/2009-4, rel. Min-Subs. Augusto Sherman Cavalcanti, 12.05.2010.**

BDI diferenciado para fornecimento de materiais e equipamentos

Relatório de auditoria realizada no Ministério das Cidades apontou irregularidades no Contrato n.º 046/2008, celebrado entre a Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba e a empresa CMR4 Engenharia e Comércio Ltda., cujo objeto era a execução de obra com vistas à ampliação do sistema de abastecimento de água em Campina Grande/PB. Em relação às irregularidades mais graves, entre elas a “adoção de licitação única, sem BDI diferenciado, para execução de serviços e fornecimento de materiais das obras de ampliação do Sistema Adutor de Campina Grande, em desacordo ao §1º do art. 23 da Lei n.º 8.666/1993 e à jurisprudência deste Tribunal, resultando em parte significativa do superfaturamento detectado no Contrato n.º 046/2008”, a equipe de auditoria propôs audiência dos responsáveis. Entendeu o relator assistir razão à unidade técnica, ao apontar prejuízo ao erário na execução da obra em comento, isso porque o item “Tubo em ferro fundido dúctil k-7 JE DN 600” estava sendo adquirido com sobrepreço de 20,5% em relação à média de mercado, percentual que “praticamente coincide com o excesso de BDI admitido para o material na licitação que gerou o contrato”. O relator destacou que o TCU “tem entendido, reiteradas vezes, que o BDI de materiais como esse deve ser diferenciado”, entendimento consolidado na recente Súmula n.º 253, que assim dispõe: “Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica, que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas, e que representem percentual significativo do preço global da obra, devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - BDI reduzida, em relação à taxa aplicável aos demais itens.”. No caso concreto, esse percentual de BDI não poderia ultrapassar 10%, pois “corresponde ao pagamento pelos serviços de mera intermediação de materiais que poderiam ter sido diretamente adquiridos pela Administração sem sequer pagar os 10%”. Para o relator, mais conveniente do que promover a audiência dos responsáveis, como propôs a unidade técnica, seria “converter o processo em Tomada de Contas Especial, para fins de citação, tendo em vista que, caso não acolhidas as alegações de defesa, deverá haver o ressarcimento dos valores indevidamente despendidos pela Administração”. Na condição de “terceiro interessado na prática do ato”, concorrendo para o cometimento do dano apurado, “a empresa contratada também deverá ser citada”. E, como a obra ainda não está concluída, “forçoso realizar as oitivas necessárias do órgão contratante e da empresa executora para que se pronunciem sobre o excesso de preço apontado [...], que poderá resultar em determinação deste Tribunal para repactuação dos preços

unitários”. O Plenário, por unanimidade, acolheu a proposição do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 1.600/2003, 1.020/2007, 1.599/2008 e 2.875/2008, todos do Plenário. **Acórdão n.º 1021/2010-Plenário, TC-000.337/2010-2, rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa, 12.05.2010.**

SEGUNDA CÂMARA

Necessidade da comprovação, mesmo nas contratações diretas, da regularidade fiscal e da seguridade social

Em exame recurso de reconsideração interposto pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Administração Regional do Estado de Santa Catarina (Senac/SC) contra a seguinte determinação, contida no Acórdão n.º 4.711/2009-2ª Câmara: *“passe a exigir em todas as contratações, inclusive nas realizadas mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, a comprovação de regularidade fiscal e de seguridade social do contratado, observando que a condição deverá ser mantida durante toda a execução do contrato e comprovada a cada pagamento efetuado;”*. Em seu voto, o relator destacou que a aludida determinação decorre de preceito constitucional, ao qual estão adstritos todos os serviços sociais autônomos. Segundo dispõe o § 3º do art. 195 da Constituição Federal de 1988, *“a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”*. Os serviços sociais autônomos, apesar de não integrarem a administração indireta, *“devem seguir os princípios constitucionais gerais relativos à Administração Pública”*, pois, embora as entidades do “Sistema S” sejam dotadas de personalidade jurídica de direito privado, são entes que prestam serviços de interesse público ou social, *“beneficiados com recursos oriundos de contribuições parafiscais, pelos quais hão de prestar contas à sociedade”*. Assim sendo, *“essas entidades devem se sujeitar aos princípios gerais da Administração Pública, dentre eles o da isonomia, da moralidade e da igualdade. É frente a estes princípios que a exigência em questão deve ser sopesada.”*. Segundo o relator, a exigência de comprovação, em todas as contratações, de regularidade fiscal e de seguridade social do contratado, inclusive naquelas realizadas mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação, *“visa tratar de maneira isonômica os interessados em fornecer bens e serviços para a Administração Pública”*. Considerando que os tributos compõem os preços a serem oferecidos, *“a empresa que deixa de pagá-los assume posição privilegiada perante aquelas que os recolhem em dia”*. Ademais, a contratação, pelo Poder Público, de empresa em situação de irregularidade fiscal *“representa violação ao princípio da moralidade administrativa, pois haverá a concessão de benefício àquele que descumpre preceitos legais”*. Em última instância, *“haverá também o estímulo ao descumprimento das obrigações fiscais”*. O relator frisou, ainda, que a condição de regularidade fiscal deverá ser mantida durante toda a execução do contrato, e comprovada a cada pagamento efetuado. Caso a administração exigisse a regularidade fiscal somente dos contratados mediante procedimento licitatório, *“estaria conferindo tratamento mais favorável àqueles que foram contratados sem licitação. Por conseguinte, haveria flagrante violação do princípio constitucional da igualdade”*. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu negar provimento ao recurso. Precedentes citados: Decisão n.º 705/94-Plenário; Acórdão n.º 457/2005-2ª Câmara; Acórdãos n.ºs 4.104/2009, 3.941/2009, 3.141/2008, 3.624/2007, 1.126/2003 e 3.016/2003, todos da 1ª Câmara. **Acórdão n.º 2097/2010-2ª Câmara, TC-019.722/2008-6, rel. Min. Benjamin Zymler, 11.05.2010.**

Marco inicial e data limite para a contratada pleitear repactuação de preços

No âmbito da tomada de contas da Diretoria de Gestão Interna do Ministério da Cultura, relativa ao exercício de 2003, ao tratar de matéria referente ao Contrato n.º 15/2000, cujo objeto envolvia a prestação de serviços de natureza continuada, a unidade técnica suscitou questão acerca da necessidade de fixação de um prazo limite para a contratada pleitear a repactuação de preços. Ao citar trechos do voto que subsidiou o Acórdão n.º 1.827/2008-Plenário, a unidade instrutiva registrou o entendimento do TCU de que não há definição, em lei, acerca do prazo para solicitação de repactuação de preços, *“podendo essa ser solicitada a partir ‘da data da homologação da convenção ou acordo coletivo que fixar o novo salário normativo da categoria profissional abrangida pelo contrato administrativo a ser repactuado, até a data da prorrogação contratual subsequente, sendo que, se não o fizer, de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato sem pleitear a respectiva repactuação, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar’”*. A partir desse entendimento, a unidade técnica inferiu que, nos casos em que não for celebrado aditivo e o contrato for encerrado, a contratada poderia pleitear a repactuação *“até o fim do prazo prescricional”*. Nesses casos, não raros, *“estaria a Administração sujeita, durante alguns anos, após expirada a vigência do contrato, a ter de reconhecer os efeitos retroativos financeiros de contratos e efetuar pagamentos de exercícios anteriores. Tal*

fato poderia gerar desarranjos e comprometer a programação financeira e orçamentária dos exercícios subsequentes, além de se ter de reconhecer a despesa e inscrevê-la como ‘despesas de exercícios anteriores’.”. O relator ponderou que, naquele mesmo **decisum**, restou assente que, não obstante se tratar de direito intangível da contratada, a repactuação corresponde, de todo modo, a direito disponível, e, como tal, sujeito à preclusão. Destacou o relator que a preocupação da unidade técnica envolve situação não delineada naquela assentada, qual seja, “*contrato com vigência encerrada, sem prorrogação, tendo ocorrido aumento dos custos (convenção ou acordo coletivo de trabalho) do contrato ainda no período de vigência, e que reste configurado o direito à repactuação, no caso de transcorrido o interregno mínimo de um ano, contado na forma prevista no edital*”. O relator não vislumbrou necessidade de alteração do entendimento já firmado pelo Tribunal sobre a matéria, devendo a “*data limite para a contratada pleitear a repactuação*” ser “*a da prorrogação ou do encerramento do contrato, conforme o caso, na mesma linha de raciocínio desenvolvida no Acórdão 1827/2008. A expiração do prazo de vigência do contrato fulmina o direito à repactuação por preclusão*”. Nesse mesmo sentido, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa n.º 3/2009, a qual altera a Instrução Normativa n.º 2/2008, prevendo, em seu art. 40, § 7º, que “*As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato.*”. Ao final, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu “*recomendar à Secretaria Executiva do Ministério da Cultura que, em seus editais de licitação e/ou minutas de contrato referentes à prestação de serviços executados de forma contínua, inclua alerta acerca do prazo dentro do qual poderá o contratado exercer, perante a Administração, seu direito à repactuação contratual, nos termos previstos no art. 5º do Decreto nº 2.271, de 1997, qual seja, da data do evento que ensejar a repactuação até a data da prorrogação contratual subsequente, se for o caso, ou do encerramento do contrato, sendo que se não o fizer de forma tempestiva e, por via de consequência, prorrogar o contrato ou deixar transcorrer **in albis** o prazo de vigência, ocorrerá a preclusão do seu direito a repactuar.*”. **Acórdão n.º 2094/2010-2ª Câmara, TC-007.040/2004-0, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 11.05.2010.**

Responsáveis pelo Informativo:

Elaboração: Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões

Supervisão: Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br