

Sessões: 28 e 29 de setembro 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**

O enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte são efetuados com base em declaração do próprio empresário, perante a Junta Comercial competente.

Fornecimento de vale-refeição: a exigência de comprovação de rede credenciada próxima ao ente público demandante deve ser feita somente no momento da contratação.

Alterações contratuais envolvendo acréscimos e supressões de itens: cálculo em separado dos limites legais.

Primeira Câmara

Pressupostos para a dispensa de licitação com fundamento no art. 24, XXIII, da Lei n.º 8.666/93.

Segunda Câmara

Majoração linear, a título de reequilíbrio econômico-financeiro, dos preços inicialmente pactuados, como consequência da subavaliação dos preços constantes do orçamento elaborado pela Administração e adotado como referência para a proposta da contratada.

Justificativa para prosseguimento de certame na modalidade de convite sem o quórum mínimo de licitantes.

PLENÁRIO**O enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte são efetuados com base em declaração do próprio empresário, perante a Junta Comercial competente**

A participação em licitação reservada a microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal reservada a essas categorias, configura fraude ao certame, isso porque *“a responsabilidade pela atualização e veracidade das declarações de pertencimento às categorias acima compete às firmas licitantes”*. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao examinar representação formulada ao TCU contra possíveis irregularidades perpetradas por empresas em licitações, as quais teriam delas participado, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos previstos na Lei Complementar n.º 123/2006 e no Decreto Federal n.º 6.204/2007. De acordo com a unidade técnica, *“o enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da ‘Declaração de Enquadramento de ME ou EPP’, conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN-DNRC n.º 103/2007. Do mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN”*. [...] caberia à Rub Car Ltda., após o término do exercício de 2006, dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP [...]. Isso porque naquele exercício, [...] a referida empresa extrapolou o faturamento de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), que permitiria ser mantido seu enquadramento como EPP no ano seguinte. [...] Ademais, não seria necessário – nem cabível – que alguma entidade – mesmo a Receita Federal – informasse à empresa que ela perdeu a condição de EPP, como pretendeu a Rub Car Ltda., já que o enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento são efetuados com base em declaração do próprio empresário perante a Junta Comercial competente [...].”. Ao concordar com a unidade instrutiva, o relator ressaltou a má-fé da empresa, uma vez que, *“agindo com domínio de volição e cognição”*, ocorreu ao certame apresentando-se indevidamente na qualidade de EPP. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de *“declarar, com fundamento no art. 46 da Lei n.º 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei n.º 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundição Ltda.,*

para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos”. Acórdão n.º 2578/2010-Plenário, TC-008.554/2010-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 29.09.2010.

Fornecimento de vale-refeição: a exigência de comprovação de rede credenciada próxima ao ente público demandante deve ser feita somente no momento da contratação

Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade envolvendo exigência contida no edital do Pregão Presencial n.º 14/2010, realizado pelo Serviço Social do Comércio - SESC - Administração Regional no Estado de São Paulo, tendo por objeto o serviço de gerenciamento, distribuição, implementação e administração dos benefícios de vales-refeição e transporte para as unidades do SESC-SP. A exigência tida como excessiva era no sentido de que as licitantes, ainda na fase de habilitação, comprovassem, “*por meio de 'Declaração de Estabelecimentos Credenciados', anexo X deste Instrumento, o credenciamento de no mínimo dois estabelecimentos comerciais*” que aceitassem “*o vale como forma de pagamento da refeição*”, e estivessem a uma “*distância máxima de 500 metros da Unidade do SESC*”. Considerando que a licitação abrangia 32 instalações do SESC/SP, “*consistiria em desarrazoado ônus para as licitantes, tanto financeiro quanto operacional*”, a exigência de que elas cadastrassem 64 estabelecimentos “*apenas para participar do certame*”. A exigência implicaria que somente a empresa que já estivesse prestando os serviços, ou grandes empresas desse seguimento comercial, restariam habilitadas. Nesse sentido, concluiu o relator tratar-se, efetivamente, de cláusula restritiva e que potencialmente afastaria diversos interessados na prestação dos serviços, em confronto com o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu fixar prazo ao SESC/SP para anular a aludida exigência editalícia, sem prejuízo de determinar à entidade que, nas próximas contratações de serviço de fornecimento de vales-refeição para suas unidades, faça constar a exigência de comprovação de rede credenciada próxima às unidades do SESC/SP apenas na fase de contratação, com fixação de prazo para que a vencedora do certame credencie os estabelecimentos comerciais localizados nas imediações das unidades a serem atendidas. *Acórdão n.º 2581/2010-Plenário, TC-016.159/2010-1, rel. Min. Benjamin Zymler, 29.09.2010.*

Alterações contratuais envolvendo acréscimos e supressões de itens: cálculo em separado dos limites legais

Relatório de auditoria realizada na Fundação Universidade do Vale do São Francisco (Univasf) indicou possível extrapolação do limite máximo de 25% estabelecido no art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, quando da assinatura do 4º Termo Aditivo ao Contrato n.º 89/2007. Teria sido constatado acréscimo de quantitativos ao objeto contratual, por intermédio de dois aditivos (1º e 4º), representando 29,2% do valor do contrato. Para a unidade técnica, as alterações poderiam ter ocorrido com o intuito de adequar o objeto licitado, baseado em projeto básico deficiente e/ou desatualizado, à realidade de execução dos serviços. Destacou, no entanto, que a jurisprudência do TCU, na apuração do limite previsto no § 1º do art. 65 da Lei de Licitações, acena no sentido de que devem ser considerados, em separado, os acréscimos e as supressões contratuais, não sendo permitido o balanceamento dos valores acrescidos e suprimidos. Além da extrapolação do limite de 25%, a unidade técnica questionou a qualidade das justificativas apresentadas para as alterações contratuais, em descumprimento ao *caput* do mencionado art. 65, o qual prevê que as alterações promovidas em contratos devem ser devidamente justificadas. De acordo com a unidade instrutiva, “*a solução dada pela Univasf [...] seria aceitável, caso tivesse sido demonstrada pelos responsáveis, quando da assinatura dos termos aditivos, que a alternativa de rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação, importaria sacrifício insuportável ao interesse coletivo e que a solução adotada seria a mais adequada, e que os pressupostos previstos na Decisão TCU 215/1999 – Plenária teriam sido satisfeitos, o que não foi feito*”. Em seu voto, o relator concordou com a equipe técnica ao assinalar que, “*embora a Univasf informasse que havia necessidade de adequação do contrato às necessidades do órgão; embora os elementos constantes da defesa demonstrassem que as alterações não foram expressivas (que teve supressões da ordem de 6,66% e acréscimos da ordem de 27,20% em relação ao valor inicial); embora a empresa contratada tenha aceitado as mesmas condições contratuais, para os acréscimos e decréscimos dos itens licitados*”, ao serem analisados os itens da planilha, verificou-se que não existiam fundamentos técnicos para embasar as alterações, bem como evidências de que tenham surgido “*elementos supervenientes que implicassem necessidades imprevisíveis por ocasião da contratação inicial*”. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu determinar à Univasf que obedeça, nas alterações contratuais, os limites estabelecidos pelo art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 8.666/93, bem como o disposto na Decisão n.º 215/99-Plenário. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 336/2008-Plenário e 2.079/2007-2ª Câmara. *Acórdão n.º 2588/2010-Plenário, TC-027.340/2009-5, rel. Min. Augusto Nardes, 29.09.2010.*

PRIMEIRA CÂMARA**Pressupostos para a dispensa de licitação com fundamento no art. 24, XXIII, da Lei n.º 8.666/93**

Ao processo de prestação de contas relativa ao exercício de 2003, da BBTur Viagens e Turismo Ltda., foi apensado processo de representação formulada ao TCU contra supostas irregularidades em contratações diretas da empresa Cobra Tecnologia S.A., efetivadas por órgãos e entidades da Administração Pública. Por intermédio do Acórdão n.º 127/2007-2ª Câmara, o Tribunal deliberou pela aplicação de multa aos responsáveis e por expedir determinações à BBTur. No voto condutor do aludido **decisum**, restou assente que *“a empresa Cobra Computadores e Sistemas Brasileiros S.A., atualmente Cobra Tecnologia S.A., integra a administração pública federal como entidade sob controle indireto da União e direto do Banco do Brasil S.A – BB. Na condição de controlada do BB, torna-se possível sua contratação, pelo referido Banco, tendo por base o art. 24, XXIII, da Lei n.º 8.666/1993. Consignei, todavia, no Voto condutor da Decisão n.º 645/2002-TCU-Plenário, que, na contratação de subsidiárias ou controladas pelos dirigentes de estatais, dois requisitos devem estar presentes: preço a ser pactuado compatível com o praticado no mercado, sob pena de o ajuste ser inquinado de ilegal, e relação de pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objetivo institucional ou social das mencionadas entidades. Nessa oportunidade, ressaltei, ainda, que, no caso de a empresa não ter capacidade de prestar diretamente os serviços ou fabricar os produtos objeto da avença, em regra, é vedada a subcontratação total, nas hipóteses de contratação direta, mediante dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, XXIII, da Lei de Licitações. No presente caso, observa-se que as contratações diretas tiveram por base o art. 24, VIII, da Lei n.º 8.666/1993 ou o art. 25, caput, da referida lei. No que se refere à utilização do inciso VIII, do art. 24, da Lei de Licitações, a lei é clara ao prescrever que a natureza jurídica da contratante é de direito público interno. E a BBTur, por se tratar de controlada de uma sociedade de economia mista, não detém a prerrogativa conferida por esse dispositivo. No que diz respeito ao fundamento legal utilizado para o provimento de infra-estrutura de call center (art. 25, caput, da Lei n.º 8.666/1993), a própria BBTur, para justificar o preço contratado com a empresa Cobra, realizou pesquisa de mercado junto às empresas ESRJ, CBCC, demonstrando que a licitação era viável e que os serviços por ela oferecidos não eram exclusivos. Impende destacar, ainda, que, apesar de ter incluída no rol de seus objetivos institucionais a comercialização de equipamentos e sistemas de informática, bem como a prestação de serviços afins, a empresa Cobra, ao vender computadores ou outros equipamentos de informática à BBTur, por dispensa de licitação, sem produzi-los, estaria atuando como mera intermediária, prática contra a qual me insurgi ao relatar o TC n.º 016.520/1999-8, que redundou na Decisão TCU n.º 645/2002- Plenário, já citada [...]. Por fim, destaco que os presentes autos devem ser apensados às contas de 2003 da BBTUR Viagens e Turismo Ltda. (TC n.º 009.072/2004-3), para subsidiar o exame de mérito da gestão, com os possíveis reflexos dos fatos aqui tratados nas contas ordinárias da BBTur.”* Quando do exame das contas, o relator concluiu que a irregularidade perpetrada não seria, por si só, grave o suficiente para macular a gestão dos responsáveis como um todo. Não havendo evidência de má-fé nem de dano ao erário, e considerando que os valores dos contratos, os quais somavam aproximadamente R\$ 2 milhões, representavam 0,25% do valor total gerido no exercício, o relator propôs e a Primeira Câmara decidiu julgar regulares com ressalvas as contas dos responsáveis ouvidos em audiência, dando-lhes quitação, sem prejuízo de *“determinar à empresa BBTUR Viagens e Turismo Ltda. que não contrate a empresa Cobra Tecnologia com base no art. 24, XXIII, da Lei n.º 8.666/1993, bem como, havendo viabilidade de competição, que não contrate diretamente tal entidade com fulcro no art. 25, caput, da mencionada Lei”*. Acórdão n.º 6301/2010-1ª Câmara, TC-009.072/2004-3, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 28.09.2010.

SEGUNDA CÂMARA**Majoração linear, a título de reequilíbrio econômico-financeiro, dos preços inicialmente pactuados, como consequência da subavaliação dos preços constantes do orçamento elaborado pela Administração e adotado como referência para a proposta da contratada**

No âmbito da auditoria realizada com vistas a fiscalizar a aplicação de recursos federais repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) à Prefeitura Municipal de Matão/SP, objetivando a construção de uma escola de educação infantil na referida municipalidade, foi promovida a oitiva do Prefeito e do Assessor Jurídico da Prefeitura, bem como da empresa contratada, em razão de ocorrências verificadas na execução contratual, entre elas a *“revisão de cláusulas financeiras com justificativa irregular*

*de reequilíbrio econômico-financeiro, por meio do 4º Termo Aditivo ao contrato”. Tendo em vista que “os preços relativos à presente contratação quedaram-se aquém daqueles praticados no mercado”, houve a majoração linear, a título de reequilíbrio econômico-financeiro, dos preços inicialmente pactuados. Em seu voto, o relator observou que a matéria é regida pela alínea ‘d’ do inciso II do art. 65 da Lei n.º 8.666/93, tratando-se de hipótese em que se busca o reestabelecimento da relação contratual inicialmente ajustada pelas partes, a qual teria sofrido alteração por álea extraordinária superveniente ao originalmente contratado. No caso concreto, os responsáveis, “além de não apontarem nenhum fato superveniente à celebração do contrato, expressamente afirmam que o suposto problema decorreu de subavaliação dos preços constantes do orçamento efetuado pela Prefeitura e adotado como referência para a proposta da empresa. Assim, aparentemente a empresa foi beneficiada pelo fato dela, no entender dos gestores, haver apresentado uma proposta desconectada dos preços de mercado.”. O relator concluiu não haver amparo legal para procedimentos da espécie, “mesmo que, apenas por argumentar, estivesse demonstrada a inadequação da proposta aos preços de mercado”. Segundo o relator, em havendo erro em determinada proposta de empresa licitante, deve ela responder por isso, rescindindo eventual contrato, por exemplo, e arcando com as consequências daí decorrentes. Para ele, não importa “que o orçamento base esteja equivocado, pois as licitantes devem elaborar as propostas de acordo com o seu conhecimento do mercado e não de acordo com o conhecimento da Administração”. Ademais, tal espécie de alteração contratual acabaria por descaracterizar o processo licitatório, pois afetaria o princípio da isonomia, “ao se propiciar uma vantagem à contratada que não era de conhecimento dos demais potenciais licitantes”. Considerando, no entanto, que não foram aplicados recursos federais no aditivo mencionado, o relator concluiu que o TCU não possui jurisdição sobre os atos de gestão relacionados a esse termo aditivo. Acolhendo o voto do relator, a Segunda Câmara deliberou no sentido de “determinar à Prefeitura Municipal de Matão/SP que se abstenha de utilizar recursos de origem federal para promover pagamentos com base no 4º Termo Aditivo ao contrato celebrado entre essa municipalidade e a Construtora Cusinato Ltda.”, bem como “encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado do Relatório e Voto que o fundamentam, ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e ao Ministério Público do Estado de São Paulo”. **Acórdão n.º 5686/2010-2ª Câmara, TC-018.026/2010-9, rel. Min. Benjamin Zymler, 28.09.2010.***

Justificativa para prosseguimento de certame na modalidade de convite sem o quórum mínimo de licitantes

Ao examinar a prestação de contas do Centro Federal de Educação Tecnológica de Sergipe (Cefet/SE) relativa ao exercício de 2007, a unidade técnica identificou possíveis irregularidades, entre elas a “realização de Convite sem o número mínimo de três propostas válidas”. De acordo com a unidade instrutiva, “a falha ocorreu por limitações do mercado e manifesto desinteresse dos convidados, o que deveria ter sido, a princípio, cabalmente justificado no processo licitatório, sob pena de repetição do convite, consoante disposto no § 7º do artigo 22 do Estatuto das Licitações e Contratos. Em suas justificativas, o gestor esclareceu que não limitou sua pesquisa de mercado, tendo convidado treze empresas do ramo, apesar do comparecimento de apenas duas para apresentação de propostas. Acrescentou que o fato da CPL ter prosseguido o certame com apenas uma proposta válida ocorreu porque havia uma representação do Ministério Público Federal cobrando providências em relação à revisão dos telhados, e, repetir a carta-convite, retardaria a execução do objeto e comprometeria a segurança da Instituição. Em seguida, verificou que o preço estava condizente com o de mercado e haviam sido atendidas as condições de habilitação e exigências editalícias antes de adjudicar a única proposta válida, o que minimiza a gravidade da constatação e permite que o indício de irregularidade seja considerado como falha na gestão.”. Ao dissentir da unidade técnica, o relator destacou que foram inicialmente convidadas treze empresas, tendo comparecido apenas duas. Em razão disso, designou-se nova data para abertura das propostas, convocando-se mais onze empresas, além das treze inicialmente convidadas. Ainda assim, não foram obtidas três propostas válidas. Nesse contexto, “mostra-se razoavelmente justificado o prosseguimento da licitação”, entendimento que contou com a anuência do Colegiado. **Acórdão n.º 5670/2010-2ª Câmara, TC-018.007/2008-7, rel. Min. José Jorge, 28.09.2010.**

Responsáveis pelo Informativo:

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

Revisão: Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br