

Sessões: 7 e 8 de dezembro 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 pela participação, em licitação expressamente reservada a ME e EPP, de sociedade que não se enquadra na definição legal dessas categorias.

Consequências, para a contratada, do não cumprimento da obrigação contratual de comprovar a regularidade fiscal durante a execução do ajuste.

Fornecimento de sistema com transferência de tecnologia e execução de serviços técnicos especializados: parcelamento como regra.

Conflito de regulamento próprio de licitações e contratos de entidade da Administração Pública com disposições da Lei n.º 8.666/93.

Primeira Câmara

Alteração contratual sem caracterização do “jogo de planilha”: presunção relativa de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Segunda Câmara

O planejamento inadequado por parte da administração afasta a possibilidade de contratação emergencial, com fundamento no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93.

Participação, em licitações, de entidades sem fins lucrativos: deve haver nexo entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade.

PLENÁRIO**Responsabilidade pela participação, em licitação expressamente reservada a ME e EPP, de sociedade que não se enquadra na definição legal dessas categorias**

Representação intentada junto ao Tribunal cuidou de possíveis irregularidades praticadas por empresas que, supostamente, participaram de forma indevida de licitações públicas na condição de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), contrariando a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e o Decreto 6.204/2007. Neste quadro, foi promovida a oitiva da empresa Comercial Vencini Ltda., pelo fato de, aparentemente, ter-se beneficiado, indevidamente, do enquadramento como pequena empresa. Ao examinar os argumentos apresentados pela empresa, o relator registrou que, “*comprovou-se que seu faturamento bruto era superior ao limite estabelecido para o enquadramento como pequena empresa*” sendo que a empresa não solicitara a alteração de seu enquadramento e ainda participara de procedimento licitatório exclusivo para micro e pequenas empresas, vencendo o certame e beneficiando-se de sua própria omissão. Desse modo, ao não solicitar seu desenquadramento, a empresa beneficiou-se, indevidamente, da condição de ME ou EPP. Em razão disso, votou o relator por que se sancionasse a empresa com a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, pelo prazo de seis meses, sem prejuízo de emendar o entendimento de que “*a participação em licitação expressamente reservada a microempresas (ME) e a empresas de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadra na definição legal reservada a essas categorias, configura fraude ao certame*”. Precedentes citados: Acórdãos 1028/2010, 1972/2010, 2578/2010 e 2846/2010, todos do Plenário. *Acórdão n.º 3381/2010-Plenário, TC-008.721/2010-6, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 08.12.2010.*

Consequências, para a contratada, do não cumprimento da obrigação contratual de comprovar a regularidade fiscal durante a execução do ajuste

Auditoria foi realizada na base de dados do Sistema do Cadastro Integrado da Dívida Ativa da União (Cida), em razão de deliberação anterior do Plenário (Acórdão 1.010/2009-TCU), em razão da existência de processos no TCU tratando de fraudes no sistema Cida, utilizado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) na gestão e operação das informações constantes nos cadastros da Dívida Ativa da União. Um dos achados apontados pela equipe de auditoria foi a contratação e pagamento de fornecedores em situação fiscal irregular. Ao examinar a matéria, o relator destacou que, “a Lei 8.666/93, em seu art. 55, XIII, impõe a inclusão, em todo contrato administrativo, de cláusula estabelecendo a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do ajuste, as condições de habilitação exigida na licitação, dentre as quais a regularidade fiscal”. Assim, “uma vez descumprida a obrigação de comprovar a regularidade fiscal, a Administração tem a faculdade de aplicar as sanções dispostas no art. 87 da Lei 8.666/1993, ou até mesmo a rescisão contratual, conforme art. 77 c/c art. 78, inciso I, da Lei 8.666/1993”. Por consequência, enquanto não adimplida a obrigação de comprovar a regularidade fiscal, o contratado não poderia exigir o cumprimento da contraprestação que caberia à Administração. Ocorre que, na maioria das vezes, a situação de irregularidade fiscal seria verificada durante os 180 dias de validade de certidão anteriormente emitida a empresas que passaram a ter inscrições em situação irregular. Desse modo, de maneira a evitar a mesma ocorrência em situações futuras, o relator, em linha com o sugerido pela unidade técnica, votou por que se expedisse recomendação à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para que articulasse “junto à Receita Federal do Brasil e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a realização de estudos para análise da conveniência e oportunidade de se promover a alteração da sistemática de comprovação de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional, mediante redução do prazo de validade da certidão e, até mesmo, de sua eliminação por meio da instituição de mecanismos de verificação automática e instantânea de regularidade fiscal, de forma a se reduzir os casos de fornecedores que se valem do atual prazo de certidão para contratar e receber pagamentos da administração pública, mesmo estando em situação irregular perante a Dívida Ativa da União”. O Plenário acolheu o encaminhamento. **Acórdão n.º 3382/2010-Plenário, TC-011.296/2009-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 08.12.2010.**

Fornecimento de sistema com transferência de tecnologia e execução de serviços técnicos especializados: parcelamento como regra

O TCU recebeu representação de licitante contra o Pregão Presencial nº 118/2009, promovido pelo Ministério da Saúde (MS), com formação de Registro de Preço, para futura aquisição de Solução de Informação Hospitalar integrada ao Sistema de Registro Eletrônico de Saúde para Atenção Integral (RES-AI), com implantação em seis hospitais federais no Rio de Janeiro. Nos autos, foi promovida a audiência de um dos responsáveis pela ausência de divisão do objeto, uma vez que foram licitados, em conjunto, os dois itens do Pregão, quais sejam: fornecimento de um sistema que atendesse previamente os requisitos técnicos funcionais com transferência de propriedade para o Ministério da Saúde; e prestação dos serviços especializados necessários à manutenção de tal sistema (transferência de tecnologia, implantação do produto e sustentação do sistema nos hospitais). Ao refutar os argumentos apresentados pelo responsável, consistentes na eventual perda de qualidade dos serviços, se licitados separadamente, o relator destacou existir no mercado “amplo espectro de fornecedores, principalmente para os serviços de sustentação do sistema, tradicionalmente realizados pelas empresas de Tecnologia da Informação”. Para ele, “ao abranger na mesma adjudicação tanto o fornecimento do sistema como a prestação de todos os serviços correspondentes, criou-se uma situação de dependência tecnológica com a empresa vencedora da licitação”. Ocorreria, assim, o não parcelamento do objeto, quando ele seria não só viável, mas imposto, por sua própria natureza. Por conseguinte, votou pelo não acolhimento das justificativas do responsável, bem como pela aplicação de multa, no que foi acompanhado pelo Plenário. **Acórdão n.º 3401/2010-Plenário, TC-027.963/2009-2, rel. Min. José Jorge, 08.12.2010.**

Conflito de regulamento próprio de licitações e contratos de entidade da Administração Pública com disposições da Lei n.º 8.666/93

Auditoria foi realizada junto à Fundação Habitacional do Exército – (FHE), com a finalidade de aferir a conformidade da incorporação e desincorporação de bens imóveis do Comando do Exército, extensivo à Fundação Habitacional do Exército - FHE, entre os exercícios de 2004 e 2007, bem como a necessidade de inclusão, ou não, da FHE na Lei Orçamentária Anual. No trabalho, a unidade técnica verificou a existência de regulamento próprio de licitações e contratos da FHE, aprovado mediante a Portaria do Comandante do

Exército de nº 152/2007, com disposições contrárias à Lei 8.666/93. Em seu voto, o relator destacou que, “*o regulamento de licitações da FHE não pode contrariar a Lei 8.666/93, tendo em vista o que dispõe o art. 119 do referido diploma legal: ‘art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.’*” (grifo do original). Desse modo, seria necessário promover alterações no regulamento de licitações da FHE, a fim de torná-lo consentâneo com as disposições da Lei 8.666/93. Todavia, entendeu que, enquanto não fosse editado o novo regulamento, com os ajustes necessários, caberia determinar à FHE que, “*não aplique os dispositivos do regulamento vigente que contrariam a Lei 8.666/93, devendo, em substituição a tais dispositivos, ser aplicadas as disposições da referida lei*”. No tocante aos dispositivos regulamentares consentâneos com a Lei de Licitações, ainda para o relator, não haveria óbice algum em continuar a aplicá-los. Por conseguinte, propôs, e o Plenário acatou, determinar ao Comando do Exército que instituisse “*no prazo de cento e vinte dias, contados a partir da ciência, novo regulamento de licitações e contratos para a Fundação Habitacional do Exército escoimado de dispositivos que contrariem as disposições da Lei 8.666/93, dotando-o de mecanismos aptos a garantir que as licitações e contratações que envolvam os recursos originados das permutas de bens efetuadas com o Comando do Exército sejam processadas em integral conformidade com o disposto na referida lei*”. **Acórdão n.º 3410/2010-Plenário, TC-028.066/2007-3, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 08.12.2010.**

PRIMEIRA CÂMARA

Alteração contratual sem caracterização do “jogo de planilha”: presunção relativa de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Em sede de processo de representação, foram noticiadas possíveis irregularidades em obras de asfaltamento da BR-101, situadas entre as localidades de Estreito e Bujurú, e nas obras relativas ao trecho Bujurú-Tavares. De acordo com a unidade instrutiva, a modificação efetuada pelos termos aditivos representaria prejuízo para a Administração, pois retirara da proposta da empresa contratada a vantagem comparativa que lhe assegurou a vitória no procedimento licitatório. Para a unidade técnica, com a supressão ou redução de quantitativos de itens com preços unitários que seriam favoráveis à Administração, teriam sobressaído, com maior preço relativo na planilha orçamentária, itens com custos unitários mais onerosos aos cofres públicos, o que tornaria patente o desequilíbrio da relação contratual em detrimento da Administração. Essa realidade implicaria a perda da vantagem comparativa da proposta da licitante, que deixaria de ser a melhor classificada em relação aos outros concorrentes. No voto, o relator destacou que “*o jogo de planilha se concretiza por meio de aditivos contratuais em que se verifique a ocorrência de ato culposo ou doloso do agente público prejudicial ao erário*”. Todavia, haveria situações em que “*as modificações contratuais são tecnicamente justificáveis e necessárias, realizadas para promover o interesse público e não para proporcionar ganhos ilegítimos para a contratada*”. Na espécie, as modificações contratuais seriam justificáveis tecnicamente, estando devidamente fundamentadas. Não teriam sido evidenciados, nos autos, “*intuitos, atos ou procedimentos visando, mediante ardil ou qualquer subterfúgio urdido pelas partes, alterar, em favor da contratada, as condições econômico-financeiras originalmente estabelecidas*”. Não teria ocorrido, em consequência, a prática condenável do “jogo de planilhas”, apesar de “*evidenciado que as modificações procedidas podem ter favorecido a contratada*”. Restaria apurar, então, “*se alterações promovidas pela Administração, no interesse público, legítimas, e que resultem favoráveis à contratada, como as que aqui se discute, sempre teriam o condão de obrigar as partes à revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato para que se mantivesse o equilíbrio contratual inicialmente pactuado, com base no art. 58, § 2º, da Lei nº 8.666/1993*”. A esse respeito, o relator, com base em julgado proferido pelo Tribunal, destacou que “*a aferição da eventual redução ou supressão do desconto sobre o orçamento-base, após alterações contratuais, gera a presunção de possível desequilíbrio econômico-financeiro, a ser completa e cabalmente confirmado ou refutado pela Administração, oferecendo-se ampla oportunidade de manifestação da contratada (...)* Se da modificação supressiva ou redutiva, tecnicamente justificável, resultar nova configuração de proposta que, à época da licitação, não seria a mais economicamente vantajosa, esse fato não constitui motivo suficiente para impor, direta e imediatamente, ônus à empresa contratada resultante dessa alteração. Isso servirá apenas como presunção relativa do desequilíbrio, a ser cabalmente examinada”. No presente caso, além de tecnicamente justificada, a própria unidade técnica, na opinião do relator, concluiu que “*a revisão de projeto determinada por este Tribunal mostrou-se tecnicamente vantajosa ao permitir a execução da obra sem as habituais paralisações para a solução de*

*problemas decorrentes de falhas de projeto, fato quase inédito no DNIT". Assim, as alterações contratuais, no contexto, não poderiam obrigar à revisão das cláusulas econômico-financeiras do contrato para suprimir potencial ganho proporcionado à contratada na execução por decisões unilaterais da Administração. Com os fundamentos apontados, o relator propôs, em consequência, a improcedência da representação, o que foi aprovado pelo colegiado. Precedente citado: Acórdão nº 1755/2004, do Plenário. **Acórdão n.º 8366/2010-Plenário, TC-020.201/2005-7, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 07.12.2010.***

SEGUNDA CÂMARA

O planejamento inadequado por parte da administração afasta a possibilidade de contratação emergencial, com fundamento no art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93

Mediante pedido de reexame, responsável, reitor da Universidade Federal do Tocantins – UFT, manifestou seu inconformismo diante do Acórdão 3.489/2009 – 2ª Câmara, proferido em sede de processo de representação, no qual fora apenado com a multa prevista no art. 58, II, da Lei 8.443/92, por conta da realização indevida de contratação emergencial, por dispensa de licitação (art. 24, inc. IV, da Lei 8.666/93), de serviços de vigilância armada e desarmada, tendo entendido o Tribunal que a emergência, essencialmente, ocorrera da ausência de planejamento adequado. Após descrever todo o **iter** pela qual passou a contratação, enfatizando a morosidade havida, o relator, no voto, destacou que “*os gestores deflagraram um processo licitatório sem ao menos definir as necessidades da Administração, o que mais uma vez contribuiu para o atraso verificado na condução do certame*”. Além disso, quanto a uma alegada carência de pessoal, observou “*se tratar de fato previsível a ser contornado com um adequado planejamento, o que não ocorreu*”. Por tudo, concluiu que “*restou devidamente evidenciado que a contratação emergencial decorreu da ausência de planejamento adequado por parte da administração da entidade*”. Assim, por considerar, ainda, que a penalidade aplicada anteriormente seria compatível com o grau de reprovabilidade verificado na conduta inquinada, votou pelo não provimento do recurso, no que foi acompanhado pelos demais ministros da 2ª Câmara. **Acórdão n.º 7557/2010-2ª Câmara, TC-030.657/2008-2, rel. Min. Benjamin Zymler, 07.12.2010.**

Participação, em licitações, de entidades sem fins lucrativos: deve haver nexos entre os serviços a serem prestados e os fins estatutários da entidade

Mediante pedido de reexame, o Instituto de Professores Públicos e Particulares manifestou sua insatisfação com o Acórdão nº 5.555/2009-2ª Câmara, no qual constou determinação à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) de que “*não habilite em seus certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, como o Pregão Eletrônico 90/2009, entidades civis sem fins lucrativos, pois não há nexos [de relação] entre o objeto social dessas entidades e os serviços a serem prestados, considerando que a terceirização de mão-de-obra não se coaduna com a natureza jurídica de tais entes, por se caracterizar como ato de comércio com finalidade econômica*”. Nesta etapa processual, a unidade técnica, ao propor o não provimento do recurso, manteve o entendimento de que os serviços de terceirização não podem ser desempenhados por membros de uma entidade sem fins lucrativos. O relator, todavia, divergiu do sugerido. Incorporou em suas razões de decidir, então, parecer expedido pelo Ministério Público junto ao Tribunal – MP/TCU, no qual foi registrado que “*não se deve promover a vedação genérica de participação de entidades sem fins lucrativos em licitações, porquanto viável*”. Pontuou o **parquet** especializado ser esse o sentido da lei, tal como consta do art. 24 da Lei de Licitações, que, em seu inciso XX, “*permite a contratação direta de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos, e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado*”. Dessa forma, o dispositivo legal em referência asseguraria a habilitação de licitantes que atuem sem objetivo de lucro nos certames promovidos pela Administração Pública. O fundamental, então, seria verificar “*as condições de atendimento do objeto prestado pela entidade sem fins lucrativos, sem implicar em desvio de finalidade, ou seja, sem que sejam desobedecidos os objetivos estatutários da entidade, devendo haver compatibilidade entre o objeto da licitação e a finalidade de atuação da entidade*”. Por conta disso, votou pelo provimento parcial do recurso, de maneira a se alterar o Acórdão n.º 5.555/2009-2ª Câmara, dirigido à Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e, pela determinação, em caráter normativo, aos Órgãos e Entidades da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional, de que “*não habilitem, nos certames licitatórios para a contratação de serviços de terceirização ou assemelhados, entidades sem fins lucrativos cujos estatutos e objetivos sociais não tenham nexos com os serviços a serem prestados*”, o que contou com a



aprovação do colegiado. *Acórdão n.º 7459/2010-2ª Câmara, TC-019.843/2009-0, rel. Min. Raimundo Carreiro, 07.12.2010.*

Responsáveis pelo Informativo:

Elaboração: Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões

Revisão: Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br