

**Número 195****Sessões: 29 e 30 de abril de 2014**

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. O fato de a empresa estar excluída do regime de tributação do Simples Nacional por realizar cessão ou locação de mão de obra (art. 17, inciso XII, da Lei Complementar 123/2006) não implica o seu impedimento para participar de certames licitatórios auferindo os benefícios da referida lei complementar, pois o que confere a condição de micro ou empresa de pequeno porte é a receita bruta obtida em cada ano-calendário, e não o regime de tributação.
2. O emprego da modalidade pregão, como regra para a contratação de serviços de engenharia consultiva, supervisão e elaboração de projetos de obras, não exclui o modelo tradicional de licitação por melhor técnica ou técnica e preço, para o caso de trabalhos de alta complexidade que não possam ser enquadrados como comuns e, portanto, ter padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos por meio de especificações usuais, segundo reconhecimento e justificativa prévia do contratante.
3. É ilegal cláusula editalícia que preveja o cancelamento de nota de empenho no caso de envolvimento dos contratados em “escândalo público e notório”, por violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.
4. A existência de indícios vários e concordantes faz prova de fraude à licitação e conduz à declaração de inidoneidade das empresas que participaram do ato ilícito.

**PLENÁRIO**

**1. O fato de a empresa estar excluída do regime de tributação do Simples Nacional por realizar cessão ou locação de mão de obra (art. 17, inciso XII, da Lei Complementar 123/2006) não implica o seu impedimento para participar de certames licitatórios auferindo os benefícios da referida lei complementar, pois o que confere a condição de micro ou empresa de pequeno porte é a receita bruta obtida em cada ano-calendário, e não o regime de tributação.**

Representação formulada por sociedade empresária apontara supostas irregularidades ocorridas em pregão eletrônico conduzido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), para contratação de empresa para prestação de serviços contínuos de limpeza, conservação e higienização de bens móveis e imóveis. Dentre as irregularidades noticiadas ao Tribunal, a representante arguirá que *“a licitante vencedora não poderia ter participado do certame por ser optante do Simples Nacional, pois, segundo o art. 17, inciso XII, da Lei Complementar 123/2006, não poderá recolher impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte que realize cessão ou locação de mão de obra”*. Ao instruir o feito, a unidade técnica ressaltou que *“o impeditivo constante do art. 17, inciso XII, da Lei Complementar 123/2006, não implica dizer que a empresa não possa participar de certames obtendo os benefícios da Lei. Assim, seria possível que uma prestadora de serviços de mão de obra, em que pese não poder aderir aos Simples Nacional, seja enquadrada como pequena empresa ou microempresa, desde que atendidos os requisitos legais”*. O relator, em concordância com a unidade técnica, anotou que, nos termos do art. 3º, incisos I e II, da Lei Complementar 123/2006, *“o que confere a condição de micro ou empresa de*

*pequeno porte é a receita bruta obtida em cada ano-calendário, e não o regime de tributação*”. No caso concreto, considerando que a empresa vencedora do certame, embora optante do Simples Nacional, apresentou planilha de custos em desacordo com o referido regime, o relator, ao acolher sugestão da unidade instrutiva, propôs encaminhar cópia da deliberação à Secretaria da Receita Federal para a adoção das providências cabíveis em relação à situação cadastral da empresa no regime tributário do Simples Nacional. O Plenário acolheu o voto da relatoria. **Acórdão 1100/2014-Plenário, TC 006.706/2014-2, relator Ministro Benjamin Zymler, 30.4.2014.**

**2. O emprego da modalidade pregão, como regra para a contratação de serviços de engenharia consultiva, supervisão e elaboração de projetos de obras, não exclui o modelo tradicional de licitação por melhor técnica ou técnica e preço, para o caso de trabalhos de alta complexidade que não possam ser enquadrados como comuns e, portanto, ter padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos por meio de especificações usuais, segundo reconhecimento e justificativa prévia do contratante.**

Em autos de Representação, houve questionamento sobre o uso de pregões eletrônicos, pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), com o objetivo de contratar empresas para execução de serviços de supervisão de obras e apoio técnico. Segundo os representantes, não haveria possibilidade de adoção da modalidade escolhida pelo Dnit, diante da natureza complexa dos serviços de engenharia em questão. Ao apreciar a matéria, o relator endossou as análises convergentes da unidade instrutiva e do Ministério Público junto ao TCU, reproduzindo posicionamento deste último, no sentido *“de que o enquadramento de determinado serviço como comum ou não, para fins de aplicabilidade do pregão, deve ser realizado não simplesmente em função do rótulo dado ao serviço, mas das suas características e do que ele realmente envolve e representa no caso concreto que se considera. Isso equivale a dizer que classificar ou não um determinado serviço como comum reclama, acima de tudo, um exame predominantemente fático, de natureza técnica*”. No caso concreto, o relator anuiu ao entendimento de que os serviços licitados fazem parte da rotina do Dnit, encontrando-se objetivamente definidos e padronizados em normativos da instituição e não exigem das empresas contratadas a realização de atividades intelectuais e complexas, motivo pelo qual correspondem à definição de serviço comum estabelecida no art. 1º, parágrafo único, da Lei 10.520/2002. Não obstante a conclusão de que o uso do pregão para a contratação de serviços de engenharia consultiva, supervisão e elaboração de projetos de obras *“constitui uma opção válida e forçosa na maioria das situações*”, o condutor do processo achou por bem deixar claro *“que o modelo tradicional de licitação por melhor técnica ou técnica e preço, previsto no art. 46 da Lei nº 8.666/1993 especialmente para as mencionadas atividades, não está excluído, obviamente, para o caso de trabalhos de alta complexidade que não possam ser enquadrados como comuns nem, portanto, ter padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos por meio de especificações usuais, segundo reconhecimento e justificativa prévia do contratante*”. Assim, propôs a procedência parcial da Representação e que o Dnit fosse cientificado a respeito do uso do pregão, como regra, para contratação dos aludidos serviços, bem como da possibilidade do uso da licitação por melhor técnica ou técnica e preço, para os casos de trabalhos de alta complexidade que não possam ser enquadrados como comuns, segundo reconhecimento e justificativa prévia do contratante, o que foi aprovado pelo colegiado. **Acórdão 1092/2014-Plenário, TC 039.930/2012-2, relator Ministro José Múcio Monteiro, 30.4.2014.**

**3. É ilegal cláusula editalícia que preveja o cancelamento de nota de empenho no caso de envolvimento dos contratados em “escândalo público e notório”, por violação aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.**

Ainda na Representação relativa aos pregões eletrônicos conduzidos pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), fora apontada cláusula *“ilegal e arbitrária”* nos editais, a qual previa *“o cancelamento de nota de empenho se o nome do contratado viesse a figurar em escândalo público e notório*”. O Ministério Público junto ao TCU, ao apreciar a questão, destacou a inconstitucionalidade da cláusula uma vez que *“representa grave embaraço ao exercício dos direitos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (incisos LIV e LV do artigo 5º da CF/1988)*”. Ponderou, contudo, que o dispositivo editalício *“não representou prejuízo para o andamento dos pregões*”, razão por que considerou suficiente dar ciência da irregularidade ao Dnit. O relator, endossando as considerações da Procuradoria, votou por cientificar a autarquia de que a cláusula constante dos editais, *“que previa o cancelamento de pleno direito da nota de empenho que viesse a ser emitida em decorrência das licitações, no caso de envolvimento dos contratados em “escândalo público e notório”, não encontra respaldo na legislação*

vigente”. O Tribunal acompanhou o voto da relatoria. **Acórdão 1092/2014-Plenário, TC 039.930/2012-2, relator Ministro José Múcio Monteiro, 30.4.2014.**

**4. A existência de indícios vários e concordantes faz prova de fraude à licitação e conduz à declaração de inidoneidade das empresas que participaram do ato ilícito.**

Em processo de Auditoria, o Tribunal promoveu a oitiva de duas empresas acerca de evidências de participação em fraude praticada em pregão presencial, para o registro de preços, conduzido no âmbito da Prefeitura Municipal de Fortaleza, cujo objeto consistiu em “*futuras e eventuais aquisições e instalações de equipamentos para o sistema de vídeo-monitoramento, controle de acesso e sistemas de alarmes com a infraestrutura de comunicação necessária*”. Dentre os indícios de fraude ao certame, o relator destacou os idênticos endereços de funcionamento de ambas as empresas e a apresentação de propostas de preços com valores unitários iguais para todos os itens cotados. Segundo ele, conforme posição já assentada em julgado anterior (Acórdão 574/2010, do Plenário), “*a comprovação da ocorrência de fraude à licitação é tarefa árdua, pois dificilmente alguém passa recibo de seus meios escusos*”. Isso, contudo, não impede a busca de meios para alcançar os responsáveis pela concretização da ilicitude. Assim, diante da ocorrência de indícios vários e coincidentes, os quais, na visão do relator, fazem prova de fraude ao certame licitatório, votou por que fosse declarada a inidoneidade das empresas envolvidas, para impedi-las de participar de licitações federais por três anos, o que foi aprovado pelo Plenário. **Acórdão 1107/2014-Plenário, TC 012.727/2013-0, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 30.4.2014.**

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