



Número 233

Sessões: 10 e 11 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. Os preços dos serviços novos acrescidos por termo aditivo, embora derivem de prévio acordo entre as partes (art. 65, § 3º da Lei 8.666/93), devem ser parametrizados pelos preços referenciais da Administração vigentes à época da licitação (sistemas oficiais de custos e taxa de BDI do orçamento base), e não pelos preços em vigor à época do aditamento, observando-se ainda a manutenção do mesmo percentual de desconto entre o valor global do contrato original e o obtido a partir dos preços referenciais à época da licitação.
2. A utilização de equipamentos já mobilizados em razão de contrato anterior constitui vantagem competitiva da contratada, que tem direito a ser remunerada pelas despesas de “mobilização e desmobilização” conforme previsto na planilha orçamentária do contrato, desde que o preço orçado esteja de acordo com as especificações de projeto e os custos de referência.
3. Não cabe desclassificação de licitante motivada por presunção de intenção de fraude durante a execução do contrato.
4. A capacidade técnico-operacional da empresa não é afastada em razão de mudanças no seu quadro de responsáveis técnicos.
5. Não viola o princípio da isonomia a participação de pessoa jurídica enquadrada no regime de desoneração tributária previsto na Lei 12.546/11 em licitação cujo objeto caracteriza atividade econômica distinta da atividade principal que vincula a empresa ao referido regime.
6. A adesão a ata de registro de preços deve ser justificada pelo órgão não participante mediante detalhamento das necessidades que pretende suprir por meio do contrato e demonstração da sua compatibilidade com o objeto discriminado na ata, não servindo a esse propósito a mera reprodução, parcial ou integral, do plano de trabalho do órgão gerenciador. A comprovação da vantagem da adesão deve estar evidenciada pelo confronto entre os preços unitários dos bens e serviços constantes da ata de registro de preços e referenciais válidos de mercado.

Inovação Legislativa

Decreto 8.420, de 18.3.2015

PLENÁRIO

- 1. Os preços dos serviços novos acrescidos por termo aditivo, embora derivem de prévio acordo entre as partes (art. 65, § 3º da Lei 8.666/93), devem ser parametrizados pelos preços referenciais da Administração vigentes à época da licitação (sistemas oficiais de custos e taxa de BDI do orçamento base), e não pelos preços em vigor à época do aditamento, observando-se ainda a manutenção do mesmo percentual de desconto entre o valor global do contrato original e o obtido a partir dos preços referenciais à época da licitação.**

Auditoria realizada nas obras de implantação e pavimentação da BR-448/RS, sob responsabilidade do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT), apontara, dentre outras ocorrências, “*sobrepreço decorrente da inclusão de serviços novos em termos aditivos, cujos valores unitários estavam acima dos limites admissíveis pela legislação vigente à época e pela jurisprudência do TCU*”. Conforme demonstrado no relatório de fiscalização, os preços unitários de serviços novos foram pactuados indevidamente a partir de cotações de mercado, retroagidos à data base dos contratos e acrescidos de percentual de BDI (Bonificação e Despesas Indiretas) de 30 %, proposto pelos consórcios construtores. Além disso, o DNIT não exigira desconto adicional a fim de manter o mesmo equilíbrio econômico financeiro resultante da licitação, de forma que os preços unitários dos aditamentos foram superiores aos preços de referência da Administração (obtidos a partir de parâmetros de custos do Sistema SICRO e de taxa de BDI de 19,6%). Ao analisar o caso, o relator observou que, “*embora o regime jurídico dos contratos administrativos preveja que o estabelecimento dos valores dos serviços novos dependa de acordo entre as partes, a Administração tem por dever verificar a adequação dos preços a serem contratados aos preços de mercado, observando as exigências da Lei e os princípios da eficiência e da economicidade*”. Explicou ainda que, nos termos do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, “*o valor referencial máximo admitido pela Administração para o serviço novo acrescido por meio de termo aditivo deve ser aquele vigente à data base dos contratos, por espelhar mais fielmente as condições efetivas da proposta estabelecidas ao tempo da licitação (...). Tais condições iniciais devem ser mantidas ao longo da execução das avenças mesmo em face da celebração de termos aditivos*”. Dessa forma, no caso em exame, os preços de referência para os serviços novos deveriam ser parametrizados pelos custos unitários constantes do Sistema SICRO/RS vigentes na data base dos contratos, e não aqueles em vigor na época dos aditamentos. “*A esses custos paramétricos deve ser acrescida taxa de BDI referencial de 19,60%, também adotada no orçamento base licitação, e não a taxa vigente no período dos aditivos*”. Acrescentou o relator que os preços estimativos traduzem a quantia máxima autorizada a se pagar pelos serviços novos, considerando as regras do edital de licitação, as limitações impostas pela Lei de Diretrizes Orçamentárias e os princípios da economicidade e eficiência. Por fim, mencionou diversos julgados do Tribunal que exigem a limitação dos preços unitários de serviços novos aos preços unitários referenciais apurados com base no Sistema SICRO, acrescidos da taxa de BDI do orçamento base, vigentes à época da licitação, ressaltando ainda que deve ser mantido, nos aditamentos, “*o mesmo percentual de desconto entre o valor global do contrato original e o obtido a partir dos custos unitários e BDI do Sistema SICRO à época da licitação*”. Considerando o sobrepreço apurado, o Tribunal, acolhendo o voto do relator, determinou, dentre outras medidas, a instauração de Tomada de Contas Especial para a citação dos responsáveis. **Acórdão 467/2015-Plenário, TC 012.291/2013-7, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 11.3.2015.**

2. A utilização de equipamentos já mobilizados em razão de contrato anterior constitui vantagem competitiva da contratada, que tem direito a ser remunerada pelas despesas de “mobilização e desmobilização” conforme previsto na planilha orçamentária do contrato, desde que o preço orçado esteja de acordo com as especificações de projeto e os custos de referência.

Representação formulada pela Procuradoria da República no Estado do Piauí apontara possíveis irregularidades em licitação e contratos realizados pela Secretaria de Infraestrutura do Estado do Piauí (Seinfra/PI), com vistas à implementação do projeto de construção do aeroporto de São Raimundo Nonato/PI, com recursos federais aportados, mediante convênio, pelo Ministério do Turismo. Em decisão preliminar, determinou o Tribunal a audiência dos responsáveis em face das irregularidades apuradas, bem como a oitiva da Seinfra/PI e da empresa contratada para que se pronunciassem a respeito dos indícios de sobrepreço/superfaturamento observados em um dos contratos assinados. No que respeita aos fatos apurados mediante oitiva, entendeu o relator não ter sido comprovada a ocorrência do sobrepreço, discordando da unidade instrutiva quanto à exclusão do custo de “mobilização e desmobilização” do preço global de referência do certame. Levantamento efetuado por dirigente da unidade instrutiva constatara que todos os equipamentos necessários à execução de um dos contratos já estavam no local da obra, em face de sua utilização nos serviços de outro contrato, executado pela mesma empresa em período imediatamente anterior. Sobre o fato, inferiu o relator, “*há indícios de que os equipamentos usados neste ajuste foram aproveitados para a execução do contrato posterior, de modo que não ocorreu ‘desmobilização’ no Contrato 54/2007 nem ‘mobilização’ no Contrato 149/2008*”. Contudo, prosseguiu, “*a suposta utilização dos equipamentos do primeiro ajuste na execução do segundo constitui vantagem competitiva da empresa contratada que decorre de condição fática a ela inerente, não tendo sido originada de fraude, visto que obrigada a cotar o item, nem de descumprimento do projeto*”. Assim, “*embora o item ‘mobilização e desmobilização’ constitua custo direto e deva fazer parte da planilha orçamentária contratual, segundo a jurisprudência do Tribunal e a prática atual de orçamentação, tais despesas, em verdade, são acessórias e instrumentais à execução do objeto contratual, de*

forma que a empresa contratada pode, dentro da margem de liberdade que possui para executar o projeto, adotar as estratégias que entender convenientes para executar a obra, desde que cumpra as especificações de qualidade e prazo”. Ou, em formulação alternativa, “se o preço orçado para fazer frente às despesas de mobilização e desmobilização está compatível com o obtido a partir das especificações de projeto e os custos de referência, se não há qualquer impropriedade na estimativa de equipamentos e nas premissas adotadas na orçamentação, enfim, se o preço proposto constitui a remuneração justa para a consecução de tais dispêndios, que, repito, são acessórios à execução da obra em si, entendo que a contratada tem direito à remuneração, independentemente da forma como utiliza os valores a serem repassados pela administração contratante”. Nesses termos, considerando inexistir inconsistências nas premissas orçamentárias adotadas pelo órgão estadual e que o contratado respeitou o preço de referência do item, o Tribunal acolheu, no ponto, o entendimento do relator, julgando parcialmente procedente a representação, em face de outras irregularidades não elididas pelos responsáveis, aplicando-lhes a multa capitulada no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92. **Acórdão 477/2015-Plenário, TC 023.220/2009-9, relator Ministro Benjamin Zymler, 11.3.2015.**

3. Não cabe desclassificação de licitante motivada por presunção de intenção de fraude durante a execução do contrato.

Representação interposta por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), destinado à contratação de serviços continuados de coleta externa, transporte externo, tratamento e disposição final de resíduos extraordinários e infectantes. Dentre outros aspectos, a representante questionara ter sido inabilitada por não ter apresentado relatório de processo de esterilização de todas as suas autoclaves (apresentou atestados de dois de seus três equipamentos), apesar de o edital exigir a apresentação de relatório para apenas uma. Em sede de oitiva, a Fiocruz alegou que não poderia ter certeza de que os seus resíduos estariam sendo tratados em equipamento válido. Analisando o mérito, o relator aduziu, nesse aspecto, assistir razão à representante, já que *“havendo necessidade de apenas uma autoclave e a licitante demonstra possuí-la, não cabe inabilitá-la em razão da existência de outros equipamentos não certificados”.* Nesse sentido, prosseguiu, *“o princípio da boa-fé objetiva que rege as relações contratuais (art. 422 do Código Civil) não permite que se presuma a intenção de fraude durante a execução contratual”.* No caso analisado, a regular execução contratual deve ser verificada pelo fiscal do contrato, até porque *“a mera existência de certificação de todas as autoclaves não garante a correta destinação do lixo hospitalar, como se verifica de notícia veiculada na mídia acerca de empresa que depositava os resíduos hospitalares em terreno a céu aberto”.* Ademais, acrescentou, *“não se deve olvidar que o tratamento irregular dos resíduos pode sujeitar a empresa e seus dirigentes a sanções de natureza administrativa, civil e penal, o que deve, em princípio desestimular a empresa a fugir de suas obrigações contratuais, principalmente, se tiver ciência da existência de uma eficiente fiscalização do ajuste por parte do contratante”.* Em conclusão, entendeu o relator que *“a desclassificação da representante não ficou devidamente justificada no procedimento licitatório”.* Assim, o Plenário, acolhendo o entendimento do relator, julgou parcialmente procedente a Representação, em face dessa e de outras irregularidades apuradas nos autos, razão pela qual determinou à Fiocruz a adoção de providências para declarar a nulidade do pregão e do contrato dele decorrente. **Acórdão 478/2015-Plenário, TC 025.178/2014-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 11.3.2015.**

4. A capacidade técnico-operacional da empresa não é afastada em razão de mudanças no seu quadro de responsáveis técnicos.

Ainda na representação que questionara pregão eletrônico promovido pela Fiocruz para a contratação de serviços de manejo de resíduos hospitalares, fora apontada possível habilitação irregular da empresa vencedora do certame em face do *“aceite de atestados técnicos que mencionavam responsáveis não mais pertencentes aos quadros da empresa”.* Analisando o ponto, o relator corroborou o ponto de vista da unidade instrutiva no sentido de que tais atestados *“referem-se à capacidade técnico-operacional, razão pela qual é indiferente se o profissional responsável técnico à época [de que trata o atestado] não trabalha mais para a empresa”.* Ademais, colacionou julgado do Superior Tribunal de Justiça que veicula o seguinte entendimento: *“A capacitação técnica operacional consiste na exigência de organização empresarial apta ao desempenho de um empreendimento, situação diversa da capacitação técnica pessoal”.* Nesse sentido, concluiu o relator que *“a capacidade técnico-operacional da empresa não é afastada em razão de mudanças do seu responsável técnico, de forma que a falha não está configurada”.* Assim, o Plenário, acolhendo o entendimento do relator, julgou parcialmente procedente a Representação, em face dessa e de outras irregularidades apuradas nos autos, razão pela qual determinou à Fiocruz a adoção de providências para declarar a nulidade do pregão e do contrato

dele decorrente. *Acórdão 478/2015-Plenário, TC 025.178/2014-8, relator Ministro Benjamin Zymler, 11.3.2015.*

5. Não viola o princípio da isonomia a participação de pessoa jurídica enquadrada no regime de desoneração tributária previsto na Lei 12.546/11 em licitação cujo objeto caracteriza atividade econômica distinta da atividade principal que vincula a empresa ao referido regime.

Representação formulada por sociedade empresária apontara possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pelo Laboratório Nacional Agropecuário em São Paulo (Lanagro/SP), destinado à contratação de serviços continuados de apoio administrativo. Dentre outros aspectos, a representante alegara que a vencedora do grupo 3 enquadrou-se como beneficiária do regime de desoneração da folha de pagamentos na condição de empresa do ramo de TI (Tecnologia da Informação), em atenção ao art. 14 da Lei 11.774/08 (mencionado no art. 7º, inciso I, da Lei 12.546/11), que estabelece o rol taxativo dos serviços de TI e de TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação), *“e, portanto, não poderia se utilizar desse regime em licitação cujo objeto é incompatível com os serviços listados pela lei, por caracterizar vantagem indevida em descompasso com o princípio da isonomia”*. Ao rebater as alegações da representante, a unidade técnica observou que, conforme verificado no site da Receita Federal, a licitante *“possui outras atividades classificadas como secundárias, dentre as quais a seleção e agenciamento de mão de obra, condição que viabiliza sua participação no pregão referenciado”*. Em juízo de mérito, o relator endossou as considerações da unidade técnica, registrando que a empresa *“encontra-se apta a prestar os serviços objeto do certame uma vez cadastrada no CNAE (Código e Descrição das Atividades) secundário 78.10-8-00 (Seleção e agenciamento de mão-de-obra)”* Explicou o relator que *“não há impeditivo legal (...) a que determinada pessoa jurídica, enquadrada no regimento desta lei de desoneração tributária, exerça outras atividades econômicas. Nesses casos, a Lei 12.546/2011 (...) regulou uma forma diferenciada de cálculo da CPRB [Contribuição Previdenciária da Receita Bruta], incidente apenas sobre a receita proveniente da atividade principal da empresa”*. Por fim, concluiu o relator, ainda que a empresa esteja vinculada ao regime de tributação previsto no art. 7º, inciso I, da Lei 12.546/11, *“não haveria prejuízo a sua participação no certame pelo fato de exercer atividade secundária compatível com o objeto licitado”*. O Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, julgou a Representação improcedente. *Acórdão 480/2015-Plenário, TC 002.657/2015-5, relator Ministro Augusto Nardes, 11.3.2015.*

6. A adesão a ata de registro de preços deve ser justificada pelo órgão não participante mediante detalhamento das necessidades que pretende suprir por meio do contrato e demonstração da sua compatibilidade com o objeto discriminado na ata, não servindo a esse propósito a mera reprodução, parcial ou integral, do plano de trabalho do órgão gerenciador. A comprovação da vantagem da adesão deve estar evidenciada pelo confronto entre os preços unitários dos bens e serviços constantes da ata de registro de preços e referenciais válidos de mercado.

Denúncia apontara possíveis irregularidades em contrato decorrente de adesão do Ministério do Esporte (ME) a ata de registro de preços de pregão eletrônico promovido pelo Ministério da Defesa (MD) com vistas à prestação de serviços de manutenção e desenvolvimento de sistemas. Segundo o denunciante, a adesão do ME à ata do MD foi caracterizada por irregularidades, dentre as quais destacam-se: a) falta de planejamento da contratação, uma vez que o contrato *“não foi precedido de um levantamento efetivo de necessidades do Ministério dos Esportes”*, mas se embasou em transcrição do termo de referência do pregão eletrônico realizado pelo MD; b) ausência de descrição da metodologia empregada pelo MD para definir a unidade de referência utilizada (Unidade de Serviço Técnico - UST) para fins de pagamento, impossibilitando que outros órgãos aplicassem a mesma métrica; c) inviabilidade de aferir a vantajosidade da contratação devido à ausência de pesquisa de preços válida que demonstrasse a economicidade da adesão à ata do MD. Em juízo de mérito, o relator destacou a inconsistência da adesão do ME à ata promovida pelo MD, uma vez que *“a medição dos serviços executados, para fins de pagamento, não estava sendo feita com base no referencial UST previsto no Contrato (...), mas sim em termos de Pontos de Função – PF”*. Ou seja, o órgão contratou serviços especificados em uma métrica e utilizou outra distinta para o cálculo do pagamento. Alinhado à análise da unidade técnica, o relator aduziu que a conduta dos responsáveis *“foi inadequada por terem prescindido do levantamento de necessidades do órgão que dirigem, uma vez que transcreveram o plano de trabalho do Ministério da Defesa; por terem incorporado ao contrato a utilização de unidade de quantificação de serviços notadamente inconsistente, desacompanhada de qualquer metodologia de cálculo (...); e por não terem comprovado a economicidade da adesão à Ata de Registro de Preços do Pregão Eletrônico (...) do Ministério da Defesa (MD), haja vista que utilizaram parâmetros de preços inválidos”*. Por fim, concluiu o relator que houve ofensa ao art. 8º do Decreto 3.931/01 (revogado pelo Decreto 7.892/13), o qual dispunha que *“a Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da*

*Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem”. O Tribunal, endossando o voto do relator, rejeitou as justificativas apresentadas pelos responsáveis, aplicando-lhes a multa prevista no art. 58, inciso II da Lei 8.443/92. **Acórdão 509/2015-Plenário, TC 028.577/2011-6, relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, 11.3.2015.***

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Decreto 8.420, de 18.3.2015: Regulamenta a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

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