

**Número 169****Sessões: 17 e 18 de setembro de 2013**

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. A existência de eventuais créditos tributários não considerados expressamente na proposta da contratada não indica, por si só, a ocorrência de sobrepreço. Para a apuração da economicidade dos preços praticados é necessária a avaliação da contratação de forma global.
2. Nas licitações para a contratação de empresa para operar plano ou seguro privado de saúde, a definição de uma rede mínima de estabelecimentos credenciados não constitui, *a priori*, irregularidade, pois objetiva resguardar o interesse da Administração de que os beneficiários tenham acesso a uma rede adequada de assistência à saúde.
3. O edital da licitação, ao estabelecer vedações à participação no certame, deve ser suficientemente claro no sentido de que a penalidade de suspensão para licitar e contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.
4. Alterações promovidas no edital que repercutam substancialmente no planejamento das empresas interessadas, sem a reabertura do prazo inicialmente estabelecido ou sem a devida publicidade, restringem o caráter competitivo do certame e configuram afronta ao art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

PLENÁRIO**1. A existência de eventuais créditos tributários não considerados expressamente na proposta da contratada não indica, por si só, a ocorrência de sobrepreço. Para a apuração da economicidade dos preços praticados é necessária a avaliação da contratação de forma global.**

Ao apreciar Auditoria realizada nas obras relativas ao desenvolvimento dos sistemas de produção de óleo e gás da Bacia do Espírito Santo, projetos Canapu e Camarupim, o Tribunal expedira, dentre outras medidas, determinação à Petrobras para que apurasse, em relação a um dos contratos examinados, *“a diferença entre o valor calculado com alíquota cheia, sem descontos, para os tributos PIS/PASEP e Cofins (forma de cálculo indicada no Demonstrativo de Formação de Preços – DFP) e o valor efetivamente recolhido pela empresa”*. A medida decorreria da constatação de que a proposta da contratada especificava o recolhimento desses tributos pelo regime não cumulativo – na forma especificada pelas Leis 10.637/02 e 10.833/03 – mediante o qual a empresa contribuinte pode se beneficiar de créditos correspondentes à incidência desses tributos sobre as diversas etapas de sua cadeia produtiva e de comercialização. Nesse regime, a carga de tributos efetivamente suportada pela contratada pode ser significativamente menor do que a carga nominal indicada em sua proposta de preços, razão pela qual, para evitar possível enriquecimento ilícito da contratada, fora determinado à Petrobras que apurasse a diferença. Em sede de oitiva, a Petrobras manifestou-se pela impossibilidade de realização da apuração determinada pelo TCU, pelo fato de a escrituração contábil da contratada não discriminar receitas e despesas tributárias para cada contrato. Reconhecendo o argumento da Petrobras, o relator anotou que para apurar a incidência tributária *“ter-se-ia que analisar toda a cadeia de produção ou comercialização da empresa, aferindo-se caso a caso o enquadramento de cada situação na legislação tributária e os seus eventuais efeitos financeiros”*, dificuldade agravada pelos óbices decorrentes do sigilo

fiscal. Noutra ótica, observou que *“o cerne da questão, de acordo com o princípio da economicidade, é saber se foram praticados preços de mercado, de forma que a administração não tenha despendido recursos além do necessário para preencher a finalidade pública objeto da contratação”*. Em decorrência, *“a existência de eventuais créditos tributários não considerados expressamente na proposta da contratada não indica, por si só, a ocorrência de sobrepreço”*. Em primeiro lugar, *“porque não pode ser descartada a hipótese de que a contratada, de forma a ampliar a competitividade de sua proposta, tenha considerado esses créditos quando da fixação de seus preços unitários”*. E, em segundo, *“porque a jurisprudência desta Corte indica que a existência de alguns itens com preços unitários superiores aos de mercado não afasta a necessidade de ser avaliada a contratação de forma global para ser analisada a economicidade dos preços praticados”*. Nesse sentido, o relator concluiu que *“o exame isolado dos tributos praticados pela contratada não permite chegar à conclusão acerca da economicidade dos preços praticados”*. O Plenário do TCU, acolhendo a tese do relator, considerou, dentre outras medidas, prejudicada a determinação. **Acórdão 2531/2013-Plenário, TC 011.647/2007-5, relator Ministro Benjamin Zymler, 18.9.2013.**

2. Nas licitações para a contratação de empresa para operar plano ou seguro privado de saúde, a definição de uma rede mínima de estabelecimentos credenciados não constitui, a priori, irregularidade, pois objetiva resguardar o interesse da Administração de que os beneficiários tenham acesso a uma rede adequada de assistência à saúde.

Representação acerca de possíveis irregularidades ocorridas em pregão eletrônico conduzido pelo TRT-2ª Região – cujo objeto era a contratação de empresa para operar plano ou seguro privado de assistência à saúde para magistrados, servidores e seus dependentes – apontara possível restrição à competitividade do certame. O questionamento cingia-se ao fato de que o edital especificava os estabelecimentos de saúde que deveriam fazer parte da proposta das licitantes. Analisando o mérito, o relator consignou não vislumbrar irregularidade no procedimento adotado pelo TRT-2ª Região, já que não fora evidenciado *“qualquer elemento que indique que a rede de hospitais exigida no edital tenha sido excessiva, desarrazoada ou que tivesse o objetivo de direcionar a contratação”*. Relembrando que a licitação busca conciliar a ampliação da competitividade com o atendimento do interesse público, o relator anotou que *“a definição de uma rede mínima de estabelecimentos credenciados não constitui, a priori, uma irregularidade e objetiva resguardar o interesse da administração de que seus servidores e magistrados tenham acesso a uma rede adequada de assistência à saúde”*. Destacou, contudo, a necessidade de observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na definição da rede. Nesse passo, refutou, por entender de difícil operacionalização, a sugestão da representante para que se pudesse apresentar “hospitais equivalentes” aos nominados no edital, *“uma vez inexisterem parâmetros técnicos para avaliação se determinado hospital é equivalente a outro”*, o que colocaria em risco a conclusão do certame pela subjetividade envolvida. Nesse sentido, o Tribunal, acolhendo a tese da relatoria, considerou improcedente a representação. **Acórdão 2535/2013-Plenário, TC 007.580/2013-4, relator Ministro Aroldo Cedraz, 18.9.2013.**

3. O edital da licitação, ao estabelecer vedações à participação no certame, deve ser suficientemente claro no sentido de que a penalidade de suspensão para licitar e contratar, prevista no art. 87, inciso III, da Lei 8.666/93, tem abrangência restrita ao órgão ou entidade que aplicou a sanção.

Representação sobre pregão eletrônico promovido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) para contratação de empresa especializada em gestão da informação apontou suposta irregularidade em item do edital que, após alteração na sua redação original, estabeleceria a vedação de participação na licitação de *“pessoas jurídicas declaradas suspensas de participar de licitações e impedidas de contratar com a Administração, de acordo com a legislação vigente”*. Segundo a representante, mesmo após a alteração, esse item *“ofende a natureza de competitividade do procedimento licitatório, bem como representa estrita desobediência à jurisprudência pacificada do Tribunal de Contas da União, no sentido de que a penalidade de impedimento de contratar se restringe ao órgão ou entidade que aplicou a sanção”*. Em juízo de mérito, o relator anotou que a nova redação do item questionado não representara ofensa ao caráter competitivo do certame. Acrescentou que a alteração promovida pelo MDS *“teve o intuito de seguir a atual jurisprudência desta Corte de Contas, segundo a qual a sanção constante do art. 87, inciso III, da Lei 8.666/1993, é aplicável apenas no âmbito do órgão sancionador, em outras palavras, o vocábulo 'Administração' significa no presente caso o MDS”*. Contudo, registrou que *“mesmo com a nova redação, muito embora esta seja semelhante ao texto legal, ainda há margem para interpretações variadas”*. Nesse sentido, propôs recomendação ao MDS para que, nos próximos editais, faça constar *“expressa referência ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, ao invés do vocábulo 'Administração'”*. Tal recomendação tem o intuito de dar a interpretação adequada ao dispositivo legal, bem como informar ao

*licitante o alcance da sanção em questão". O Tribunal, acolhendo a tese do relator, considerou a representação parcialmente procedente. **Acórdão 2556/2013-Plenário, TC 022.990/2013-5, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 18.9.2013.***

4. Alterações promovidas no edital que repercutam substancialmente no planejamento das empresas interessadas, sem a reabertura do prazo inicialmente estabelecido ou sem a devida publicidade, restringem o caráter competitivo do certame e configuram afronta ao art. 21, § 4º, da Lei 8.666/93.

Representação versando sobre concorrência promovida pelo Ministério da Cultura (MinC) para a contratação de empresa para prestação de serviços técnicos e consultoria, de assessoria de imprensa e de relações públicas apontara irregularidade relativa às alterações efetuadas no edital *"quanto à elaboração e pontuação das propostas técnicas, sem a devida reabertura do prazo inicialmente estabelecido, bem como a ausência de divulgação das alterações pela mesma forma que se deu o texto original..."*. Após a oitiva prévia do MinC, o relator considerou confirmada a irregularidade, destacando a ocorrência de *"injustificada restrição ao caráter competitivo da licitação"*. Acrescentou que *"foram verificadas alterações relevantes nos critérios para a análise e julgamento das propostas técnicas (quantitativo de quesitos e valor da pontuação máxima total), bem como no cronograma para o início da execução do contrato ..."*. Tais alterações *"comprometeram substancialmente o planejamento das empresas interessadas no certame, uma vez que os novos critérios, em especial quanto ao início para o cumprimento do contrato, podem influenciar na tomada de decisão de licitantes antes aliados da concorrência"*. Ademais, a publicação das alterações *"não ocorreu da mesma forma que o aviso de licitação"*, o qual foi publicado no Diário Oficial da União, ao passo que as alterações foram divulgadas apenas no portal do MinC e informadas, por meio de mensagens eletrônicas, às empresas que assinaram o Termo de Retirada do Edital. Por fim, o relator destacou que o MinC contrariara o art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993, *"razão pela qual se mostra adequada a determinação ao órgão"*, registrando ainda que o pedido cautelar se mostrou prejudicado tendo em vista que o próprio órgão promovera a suspensão do certame. O Tribunal, acolhendo a proposta do relator, considerou a representação procedente e determinou ao órgão que republicasse o edital, com as alterações realizadas, pela mesma forma que se deu o texto original, *"reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, inclusive quanto à participação de novos interessados"*. **Acórdão 2561/2013-Plenário, TC 021.258/2013-9, relator Ministro-Substituto André Luis de Carvalho, 18.9.2013.**

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