Sessões: 22, 28 e 29 de maio 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. É legítima a especificação editalícia das características de eficiência energética desejadas nos equipamentos a serem adquiridos pela administração, sem, contudo, vinculá-los a certificações específicas, a exemplo do selo PROCEL.

2. A introdução do conceito de "Desenvolvimento Nacional Sustentável" no art. 3º da Lei 8.666/1993 não autoriza: (i) o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros e, (ii) a admissão de margem de preferência para contratação de bens e serviços, sem a devida regulamentação por decreto do Poder Executivo Federal.

3. É admitida excepcionalmente a contratação direta de locação sob medida (operação built to suit), por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador.

4. A Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa deve ser considerada como alternativa à locação sob medida.

5. Para o aperfeiçoamento da contratação e gestão de contratos de prestação de serviços de natureza contínua, recomenda-se à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento a incorporação dos seguintes procedimentos à IN/MP 2/2008:

5.1. Fixação de índices financeiros específicos como condição de habilitação econômico-financeira de licitantes na contratação de serviços terceirizados contínuos;

5.2. Demonstração de vantajosidade econômica da prorrogação contratual, sem a necessidade de pesquisa de mercado, quando previstos requisitos contratuais de reajuste salarial, de índices de preços de insumos e de limites de preço para contratação;

5.3. Comprovação de regularidade das obrigações sociais e trabalhistas, para pagamento às empresas de prestação serviços contínuos de terceirização, respaldada apenas pela apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/9393.

PLENÁRIO

1. É legítima a especificação editalícia das características de eficiência energética desejadas nos equipamentos a serem adquiridos pela administração, sem, contudo, vinculá-los a certificações específicas, a exemplo do selo PROCEL.

Representação apontou possíveis irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico 12/2013, promovido pela Fundação Universidade Federal do Maranhão – UFMA, tendo por objeto a aquisição de condicionadores de ar tipo split. A representante alegou, em síntese, que o edital traria exigências restritivas à competitividade do certame ao exigir o selo “PROCEL” para os equipamentos e ao vedar a participação de empresas em consórcio. No que respeita ao uso do selo “PROCEL”, o relator registrou que não observara no caso concreto qualquer restrição à competitividade derivada da utilização desta específica certificação, a vista do inequívoco ambiente de concorrência e da vantajosidade dos preços ofertados. Ademais, considerou louvável a intenção da UFMA

de adquirir aparelhos com níveis adequados de eficiência energética, em consonância com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável, na forma prevista no art. 3º da Lei de Licitações. Nesse diapasão, e de forma a não frustrar a iniciativa com futuros questionamentos, sugeriu que, em outras oportunidades, a universidade *"passe a especificar os equipamentos com as características de eficiência pretendida, sem vinculá-los a certificações específicas"*. O Tribunal, ao acolher o juízo de mérito formulado pelo relator, julgou parcialmente procedente a representação, considerando prejudicado o pedido de concessão de cautelar, e cientificou a UFMA que, em licitações futuras, especifique *"os equipamentos a serem adquiridos com as características de eficiência energética pretendida, sem vinculá- los a certificações específicas, a exemplo do selo "PROCEL"*. ***Acórdão 1305/2013-Plenário, TC 011.558/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 29.5.2013***.

2. A introdução do conceito de "Desenvolvimento Nacional Sustentável" no art. 3º da Lei 8.666/1993 não autoriza: (i) o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros e, (ii) a admissão de margem de preferência para contratação de bens e serviços, sem a devida regulamentação por decreto do Poder Executivo Federal.

Relatório elaborado por Grupo de Trabalho analisou as repercussões geradas pela Lei 12.349/2010 no regime licitatório. A mencionada Lei introduziu o conceito de "Desenvolvimento Nacional Sustentável" dentre os princípios contidos no art. 3º da Lei 8.666/1993. O relator, endossando as conclusões do Grupo de Trabalho, ressaltou que "*as políticas públicas ... que visam à adoção de medida da restrição entendida como necessária para garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, por envolver aparato normativo complexo para a sua concretização, dependem de regulamentação a fim de afastar qualquer possibilidade de discricionariedade*". Dessa forma, "*a preferência deve ser viabilizada mediante a ação normativa e reguladora do Estado, visando a promover maior eficiência e qualidade do gasto público*". Com fundamento na tese apresentada pelo Grupo de Trabalho, defendeu a antijuricidade de decreto autônomo e afirmou a impossibilidade do estabelecimento de vedação à participação de produtos manufaturados ou serviços estrangeiros em licitações: "*Não há previsão, no direito positivo brasileiro, de decreto autônomo. Todo ato regulamentar do Poder Executivo deve estar fundado em lei. Ao abraçar essa convicção, verifico que o §8º do art. 3º Lei 8666/1993, com a alteração introduzida pela Lei 12349/2010, estabelece que as margens de preferência sejam fixadas por 'ato do Poder Executivo Federal', limitadas a 25% 'sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros'. Observo que a lei não estabeleceu 'vedação' a produtos ou serviços estrangeiros e, sim, 'margens de preferência'*. Por fim, concluiu que "*enquanto não for publicado Decreto estabelecendo os percentuais das margens de preferência e discriminando a abrangência de sua aplicação, não cabe ao gestor adotar, ao seu juízo, restrições objetivando a aquisição de produtos nacionais nos editais licitatórios, em detrimento aos produtos estrangeiros*". O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu que: a) é ilegal o estabelecimento de vedação a produtos e serviços estrangeiros em edital de licitação, uma vez que a Lei 12.349/2010 não previu tal situação; b) é ilegal o estabelecimento, por parte de gestor público, de margem de preferência nos editais licitatórios para contratação de bens e serviços sem a devida regulamentação via decreto do Poder Executivo Federal, estabelecendo os percentuais para as margens de preferência normais e adicionais, conforme o caso e discriminando a abrangência de sua aplicação. ***Acórdão 1317/2013-Plenário, TC 032.230/2011-7, relator Ministro Aroldo Cedraz, 29.5.2013.***

3. É admitida excepcionalmente a contratação direta de locação sob medida (operação built to suit), por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador.

Consulta apresentada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT formulou os seguintes questionamentos ao TCU: *"a) é possível a aplicação do disposto no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93 na contratação de locação de imóvel a ser construído de acordo com parâmetros mínimos a serem estabelecidos por órgão da Administração Pública? b) em caso positivo, quais seriam os aspectos legais aplicáveis e quais as exigências técnicas necessárias para a celebração dessa modalidade de contrato administrativo?"* A locação sob medida consiste na locação de um imóvel construído pelo futuro locador conforme especificações pré-definidas pelo futuro locatário. O locador recebe aluguéis cujo valor permite o retorno dos investimentos realizados na construção e a remuneração do uso do bem imóvel por um longo período previamente determinado. Ao analisar a possibilidade de ser dispensada a licitação na contratação de locação sob medida, o relator observou que, nos termos do art. 24, inciso X, da Lei 8.666/1993, "*a licitação pode ser dispensada apenas nos casos em que as necessidades de instalação e de localização condicionem a escolha de*

determinado imóvel que a Administração pretende buscar a locação e desde que o preço da locação se mostre compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia" - grifos do relator. Concluiu que a contratação de locação sob medida mediante licitação dispensável fundada no art. 24, X, da Lei 8.666/1993 "*só será admitida se atender a todos esses requisitos legais*". Anotou ainda que "*... a administração pública deve demonstrar claramente o devido cumprimento de todos os requisitos previstos no art. 24, inciso X, da Lei de Licitações, em especial, quanto à comprovação da compatibilidade do preço a ser contratado com o valor de mercado, bem assim que ... a junção do serviço de locação (parte principal) com o de execução indireta de obra (parte acessória) apresenta economia de escala e que, por isso, tal locação sob encomenda não ofende o princípio do parcelamento do objeto, previsto no art. 23, § 1º, e no art. 15, IV, da Lei nº 8.666/1993*". Acrescentou que "*... devem ser observadas, no que couber, as disposições concernentes aos contratos da administração consignadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993"*. Por fim, acolhendo sugestão do revisor, ponderou que "*a aludida dispensa de licitação na locação sob medida só seja admitida quando se tratar de locação em imóvel de terceiro*". O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu responder ao consulente que: " *... a despeito de a realização de licitação dever ser a regra, admite-se excepcionalmente a contratação direta de locação sob medida (operação built to suit), por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador*". Decidiu ainda emitir orientações a serem observadas pela administração pública nas contratações de locação sob medida. ***Acórdão 1301/2013-Plenário, TC 046.489/2012-6, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, revisor Ministro Benjamin Zymler, 29.5.2013.***

4. A Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa deve ser considerada como alternativa à locação sob medida.

Ainda no âmbito da Consulta apresentada pelo CSJT, o ministro revisor anotou em seu voto que, "*nos termos do art. 2º da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas - PPP), a Administração Pública pode contratar uma parceria público-privada cujo objeto seja a prestação de serviços precedida pela execução de obra"*. Observou que "*a 'locação sob medida' de imóveis por entes públicos pode estar associada à prestação de serviços prediais. Por via de consequência, nessa hipótese, pode ser celebrada uma PPP na modalidade 'concessão administrativa' "*. Em seguida, enumerou as vantagens oferecidas pela adoção da PPP, entre as quais destacam-se: "*a) possibilidade de o Poder Público utilizar a **expertise** dos agentes privados com o intuito de facilitar a solução de problemas enfrentados pela Administração; b) realização de licitação no âmbito da qual serão explicitados os parâmetros utilizados para definir o desempenho esperado do parceiro privado; c) marco legal bem definido e atual; d) experiência acumulada pelos entes federados ao longo de quase dez anos, além de uma larga experiência internacional, o que facilita a detecção de problemas e pontos críticos; e) prazo longo de vigência (até 35 anos), o que facilita a amortização dos investimentos feitos pelo investidor privado ... j) previsão de que, ao final da vigência contratual, o bem imóvel reverterá para o parceiro público*". Como principal desvantagem da PPP, o ministro revisor apontou "*a complexidade do contrato, à qual se associa a necessidade de um estudo acurado das demandas atuais e futuras do ente público contratante.Como se trata de um contrato de longo prazo, eventuais falhas na fase inicial do projeto podem gerar problemas que se agravarão no decorrer desse período*". Por fim, concluiu que a PPP deve ser considerada como uma alternativa à locação sob medida. O Tribunal, ao acolher a proposta oferecida pelo ministro revisor, decidiu "*recomendar ao CSJT e ao Conselho Nacional de Justiça que avaliem a conveniência e a oportunidade de celebrar parcerias público-privadas, na modalidade concessão administrativa, com vistas a dotar os Tribunais Regionais do Trabalho de imóveis adequados com serviços públicos adicionados para o bom funcionamento institucional*". ***Acórdão 1301/2013-Plenário, TC 046.489/2012-6, relator Ministro Substituto André Luís de Carvalho, revisor Ministro Benjamin Zymler, 29.5.2013.***

5. Para o aperfeiçoamento da contratação e gestão de contratos de prestação de serviços de natureza contínua, recomenda-se à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento a incorporação dos seguintes procedimentos à IN/MP 2/2008:

5.1. Fixação de índices financeiros específicos como condição de habilitação econômico-financeira de licitantes na contratação de serviços terceirizados contínuos.

Representação subsidiada por estudo produzido por grupo de trabalho constituído por diversas instituições públicas analisou aspectos relacionados aos contratos de prestação de serviços de natureza contínua no âmbito da Administração Pública Federal. Dentre vários pontos, tratou-se do risco de contratação de empresas sem a

devida capacidade econômico-financeira para honrar os compromissos pertinentes à prestação de serviços terceirizados, relacionando o fato à questão dos índices que deveriam ser apresentados por tais empresas no momento da licitação. Para o relator, a legislação, acertadamente, não estabeleu, de forma exata, quais critérios, índices e valores econômico-financeiros a serem requeridos dos licitantes como condição de habilitação, em face da diversidade dos objetos que uma licitação pode envolver. Para ele, "*a lei estabeleceu sim, determinados limites para as exigências a serem feitas pela administração, como valor máximo de patrimônio líquido, vedação da imposição de faturamento anterior ou índices de rentabilidade ou lucratividade, proibição da exigência de índices e valores não usualmente adotados. A lei também requer, de forma explícita, que a comprovação da boa situação financeira seja feita de forma objetiva por meio de índices devidamente justificados no processo administrativo da licitação*". Como os critérios sugeridos pelo grupo de estudos estariam situados nos limites estabelecidos em lei, com a apresentação de justificativas técnicas pertinentes, entendeu o relator que seria perfeitamente legal exigi-los, com o propósito de salvaguardar a Administração de futuras complicações com as empresas de terceirização contratadas, que não conseguiriam honrar os compromissos assumidos. Registrou, ainda, que no Acórdão 47/2013, do Plenário, o Tribunal, ao examinar representação contrsa edital da própria Corte de Contas, concluiu não haver irregularidades em exigir, simultaneamente, capital circulante líquido de no mínimo 16,66% e de patrimônio líquido não inferior a 10% do valor estimado da contratação, questão também examinada na esfera judicial, a qual também considerou ser razoável tal exigência. Por conseguinte, votou o relator por que se recomendasse à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP) que incorpore à IN/MP 2/2008 regra que estabeleça como condição de habilitação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados os seguintes índices: a) Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG) superiores a 1 (um), bem como Capital Circulante Líquido (CCL) ou Capital de Giro (Ativo Circulante - Passivo Circulante) de, no mínimo, 16,66% do valor estimado para a contratação; b) patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado da contratação; e c) patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Esta fração deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, e se houver divergência superior a 10% (para cima ou para baixo) em relação à receita bruta discriminada na DRE, a licitante deverá apresentar as devidas justificativas para tal diferença. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão 47/2013- Plenário. ***Acórdão 1214/2013-Plenário, TC 006.156/2011-8, relator Ministro Aroldo Cedraz, 22.5.2013.***

5.2. Demonstração de vantajosidade econômica da prorrogação contratual, sem a necessidade de pesquisa de mercado, quando previstos requisitos contratuais de reajuste salarial, de índices de preços de insumos e de limites de preço para contratação.

Ainda na representação que analisou aspectos relacionados aos contratos de prestação de serviços de natureza contínua, o Tribunal cuidou da questão da baixa eficiência e efetividade das pesquisas de mercado atualmente para subsidiarem as prorrogações contratuais. O grupo de estudos multi-institucional argumentou que os itens que compõem o custo dos serviços de natureza continuada - remuneração, encargos sociais, insumos e LDI - variam, em grande medida, segundo parâmetros bem definidos, de forma que a realização de nova pesquisa de mercado, no caso de eventual prorrogação contratual, seria medida custosa e burocrática, não retratando, verdadeiramente, o mercado, uma vez que ela tem normalmente levado a preços superiores aos obtidos na licitação. Em seu voto, o relator, diante das informações apresentadas, sugeriu que se entendesse desnecessária a realização de pesquisa junto ao mercado e a outros órgãos/entidades da Administração Pública para a prorrogação de contratos de natureza continuada, desde que as seguintes condições contratuais estejam presentes, assegurando a vantajosidade da prorrogação: a) previsão de que as repactuações de preços envolvendo a folha de salários serão efetuadas somente com base em convenção, acordo coletivo de trabalho ou em decorrência de lei; b) previsão de que as repactuações de preços envolvendo materiais e insumos (exceto, para estes últimos, quanto a obrigações decorrentes de acordo ou convenção coletiva de trabalho e de Lei), serão efetuadas com base em índices setoriais oficiais, previamente definidos no contrato, a eles correlacionados, ou, na falta de índice setorial oficial específico, por outro índice oficial que guarde maior correlação com o segmento econômico em que estejam inseridos ou adotando, na ausência de índice setorial, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA/IBGE. Para o caso particular dos serviços continuados de limpeza, conservação, higienização e de vigilância, o relator adicionou ainda a aderência de valores a limites fixado em ato da SLTI/MP. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. ***Acórdão 1214/2013-Plenário, TC 006.156/2011-8, relator Ministro Aroldo Cedraz, 22.5.2013.***

5.3. Comprovação de regularidade com as obrigações sociais e trabalhistas, para pagamento às empresas de prestação serviços contínuos de terceirização, respaldada apenas pela apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93.

Na mesma representação, o Tribunal tratou da questão da fiscalização da documentação relativa ao cumprimento de obrigações trabalhistas e sociais por parte das empresas contratadas. Para o relator, "*a administração tem exigido das contratadas, por força da IN/MP 2/2008, uma extensa relação de documentos, que demandam considerável esforço dos setores dos órgãos que exercem a fiscalização contratual"*. A análise de toda essa documentação acabaria afastando a fiscalização de sua atividade precípua, que seria a de verificar a adequada execução do contrato. Ademais, ainda para o relator, "*a exigência de toda essa gama de documentos não tem evitado a ocorrência de problemas em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte das empresas contratadas, dados os subterfúgios que têm sido utilizados por algumas empresas para mascarar eventuais inadimplementos dessas obrigações*". O relator anotou, ainda, que é possível a utilização de outras medidas, com vistas ao controle do recolhimento de encargos previdenciários e de FGTS, que consistiriam fundamentalmente em criar mecanismos para que os próprios empregados das empresas contratadas verificassem se elas estão promovendo os recolhimentos devidos. Com isso, "*a administração continuaria fazendo o controle, não de todos os empregados, mas amostralmente. Teria também a obrigação de exigir as certidões necessárias, de fazer prever nos contratos como falta grave o não recolhimento do FGTS e da contribuição social e de comunicar aos Ministérios da Previdência Social e do Trabalho no caso de irregularidade nos recolhimentos*". Para o relator, a partir das conclusões do grupo de trabalho interinstitucional, seria suficiente que os pagamentos às contratadas fossem realizados exclusivamente com base na documentação prevista no art. 29 da Lei 8.666/93, não mais se exigindo os diversos outros documentos hoje previstos na IN/MP 2/2008, o que levou a votar por que se recomendasse à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MP) que incorpore à norma em questão regra que estabeleça que os pagamentos às empresas terceirizadoras de mão de obra fossem condicionados apenas à apresentação da documentação prevista na Lei 8.666/93, o que foi aprovado pelo Penário. ***Acórdão 1214/2013-Plenário, TC 006.156/2011-8, relator Ministro Aroldo Cedraz, 22.5.2013.***

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