

Sessões: 13 e 14 de abril 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**

Desclassificação de licitante por erro no preenchimento da planilha de preços;

Licitação para contratação de serviços de **call center**:

- 1 - Objeto comum e uso do pregão;
- 2 - Alto fator de ponderação atribuído à pontuação técnica;
- 3 - Possibilidade da aplicação de sanção a licitante mesmo depois de anulado o certame;

Incidência do art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, em caráter excepcional, no fornecimento de medicamentos.

Segunda Câmara

IRPJ e CSLL não podem vir destacados no BDI, mas podem integrar o lucro da licitante;

Cláusulas editalícias restritivas à competitividade:

- 1 - Exigência de número mínimo de atestados para fim de qualificação técnica;
- 2 - Índices de qualificação econômico-financeira destoantes da realidade do mercado.

PLENÁRIO**Desclassificação de licitante por erro no preenchimento da planilha de preços**

O relator comunicou ao Plenário ter adotado medida cautelar determinando à Fundação Universidade do Amazonas que se abstinisse de praticar quaisquer atos decorrentes do Pregão Eletrônico n.º 76/2009, destinado ao registro de preços para a contratação de serviços de almoxarife, recepcionista e apoio administrativo. A irregularidade que estaria a macular o pregão envolvia a desclassificação da proposta oferecida pela representante, mesmo tendo esta “*comprovado possuir a cobertura securitária bastante exigida no edital*”. A memória de cálculo apresentada pela representante, extraída do sistema Comprasnet, demonstrou que houve equívoco em seu preenchimento, tendo sido informado o valor do capital segurado da apólice (R\$ 749.780,78), em vez do valor do prêmio (R\$ 422,80). De acordo com a unidade técnica, em que pese cláusula editalícia estabelecer que “*Serão desclassificadas as propostas que não atenderem às exigências do presente Edital e seus Anexos, sejam omissas ou apresentem irregularidades na composição dos preços ofertados, especialmente quanto à memória de cálculo*”, não se pode deixar de considerar o princípio da seleção da proposta mais vantajosa, contido no art. 3º da Lei n.º 8.666/93. Nesse sentido, o erro cometido pela representante, “*na informação da memória de cálculo dos insumos de mão de obra, correspondente ao item seguro de vida em grupo, não compromete a execução do contrato e o interesse da administração, não podendo ser considerado como relevante*”. O aspecto de maior relevância a ser considerado no caso é que “*a licitante dispõe de cobertura securitária para fazer face aos encargos indenizatórios decorrentes de eventual acidente de trabalho de seus empregados, o que se constitui em salvaguarda da administração concernente à responsabilidade subsidiária do contratado*”. Ainda quanto ao caso concreto, ressaltou o relator haver “*possibilidade de prejuízo à administração, visto que o valor total de R\$ 1.262.460,96 da proposta vencedora representa um dispêndio adicional de mais de 20% para a administração, se comparada com o valor total da proposta apresentada pela representante, de R\$ 1.036.401,21*”. Para o relator, “*são fatos suficientes para evidenciar o **fumus boni iuris***”. O **periculum in mora** consistiria na “*iminente contratação da empresa vencedora do certame*”. O Plenário, por unanimidade, referendou a cautelar. **Decisão monocrática no TC-007.573/2010-3, rel. Min. Augusto Nardes, 14.04.2010.**

Licitação para contratação de serviços de call center: 1 - Objeto comum e uso do pregão

A teor do art. 46 da Lei n.º 8.666/93, a licitação do tipo *técnica e preço* deve ser utilizada exclusivamente para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, em que a arte e a racionalidade humana sejam imprescindíveis à satisfatória execução do serviço. Os serviços de **call center**, caracterizados como serviços comuns, **ex vi** do disposto na Lei n.º 10.520/2002, devem ser licitados por meio da modalidade pregão, preferencialmente eletrônico, salvo motivo devidamente justificado. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar representação que indicava supostas irregularidades na Concorrência n.º 01/2009, tipo *técnica e preço*, promovida pelo Ministério da Saúde, tendo por objeto a prestação de serviços destinados à implantação e operação da “*Central de Teletendimento do Departamento de Ouvidoria Geral do SUS, da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa*” daquele Ministério. Insurge-se a representante contra a escolha da modalidade concorrência, e o respectivo tipo da licitação, argumentando que os serviços licitados não poderiam ser considerados como de natureza predominantemente intelectual, mas sim bens e serviços comuns, passíveis de serem contratados por meio de pregão, além do que não teria sido apresentada justificativa para a não utilização dessa modalidade. Apesar da tentativa do órgão em não caracterizar o objeto licitado como serviços comuns, sob o argumento principal de não se tratar de uma simples contratação de **call center**, mas sim de um atendimento que requer mão de obra especializada, ou seja, atendentes cursando nível superior na área da saúde, o relator acolheu a instrução da unidade técnica, para a qual “*tal circunstância não tem por si só o condão de retirar do objeto a qualificação de serviço comum*”, uma vez que “*o projeto básico estabelece que os teletendentes, quando da interlocução com os usuários, utilizarão a base de conhecimento informatizada do Sistema Ouvidor – SUS e, diante da ausência de resposta ou de informação na referida base, deverão registrar a solicitação do usuário no sistema informatizado, fornecendo o número do protocolo a esse usuário, o que [...] desqualifica as atividades como de natureza predominantemente intelectual, nada diferenciando de um atendimento comum de call center*”. Na prática, “*os atendentes deverão seguir um protocolo ou um roteiro de atendimento pré-estabelecido pelo Ministério da Saúde*”. Acolhendo o voto do relator, decidiu o Plenário determinar ao Ministério da Saúde que “*adote, no prazo de 15 (quinze) dias, as providências necessárias com vistas à anulação da Concorrência n.º 1/2009, promovida pelo Departamento de Logística, tendo em vista a escolha de modalidade e tipo de licitação inadequados ao objeto licitado*”. Caso persista a necessidade de contratar o objeto da aludida licitação, “*adote a modalidade licitatória pregão, de preferência em sua forma eletrônica*”. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 2.118/2008, 2.471/2008, 237/2009 e 265/2010, todos do Plenário. **Acórdão n.º 767/2010-Plenário, TC-002.319/2010-1, rel. Min. José Jorge, 14.04.2010.**

Licitação para contratação de serviços de call center: 2 - Alto fator de ponderação atribuído à pontuação técnica

A empresa representante opõe-se também aos critérios de pontuação constantes do edital da Concorrência n.º 01/2009, tipo *técnica e preço*, promovida pelo Ministério da Saúde, tendo-os por restritivos, sobretudo em razão do alto fator de ponderação atribuído à pontuação técnica. Em seu voto, o relator ressaltou que “*ainda que não existissem irregularidades na escolha da modalidade e do tipo da licitação, o certame em questão não poderia ter prosseguimento, vez que os critérios de pontuação técnica constantes do edital importam em restrição ao caráter competitivo da licitação*”. O principal argumento apresentado para justificar a adoção dos critérios constantes do edital foi a necessidade de o órgão se precaver contra contratações de risco. Em que pese ser louvável essa preocupação, o relator reconheceu acertada a posição da unidade técnica, no sentido de que é a habilitação, e não o julgamento da proposta técnica, o momento adequado para a Administração prevenir-se de contratações de risco. Enfatizou, ainda, que “*A Administração deve, de quando em sempre, buscar a proposta que melhor atenda aos seus interesses*”. Contudo, tal objetivo “*não deve ser exacerbado a ponto de malferir, de maneira injustificada, outro princípio legal não menos importante, que é o da competitividade do certame*”. Na espécie, observou o relator que foi atribuído à proposta técnica o fator 7 (sete) na ponderação dos pontos possíveis, “*sem, contudo, ter sido apresentada uma justificativa plausível para tamanha discrepância em relação ao fator 3 (três) da proposta de preço, bem assim a sua necessidade em face da complexidade do objeto licitado*”, em desacordo com a jurisprudência do Tribunal e com o que dispõe a Instrução Normativa n.º 2/2008, da SLTI/MPOG, em seu art. 27, § 3º, **verbis**: “*É vedada a atribuição de fatores de ponderação distintos para os índices técnica e preço, sem que haja justificativa para essa opção*”. Precedente citado: Acórdão n.º 1.782/2007-Plenário. **Acórdão n.º 767/2010-Plenário, TC-002.319/2010-1, rel. Min. José Jorge, 14.04.2010.**

Licitação para contratação de serviços de call center: 3 - Possibilidade da aplicação de sanção a licitante mesmo depois de anulado o certame

A anulação da licitação não obsta a aplicação das sanções previstas na Lei n.º 8.666/93 (art. 88, II, c/c art. 87, III e IV). Foi essa a conclusão a que chegou a unidade técnica após defender que, “*caso seja comprovado que a licitante, de maneira dolosa, tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação, ao apresentar atestado de capacidade técnica contendo irregularidades, falsidades e/ou vícios, pode a Administração aplicar sanções administrativas a esta licitante, independentemente de vínculo contratual posterior*”. Acolhendo a manifestação da unidade instrutiva, o relator propôs e o Plenário deliberou no sentido de informar o Departamento de Logística da Secretaria Executiva do Ministério da Saúde “*sobre a possibilidade de aplicação de sanção administrativa a licitantes, independentemente de vínculo contratual posterior, após a correta configuração do ato ilícito, conforme artigo 88, inciso II, e artigo 87, incisos III e IV, ambos da Lei n.º 8.666, de 1993*”. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 2.077/2007, 2.859/2008 e 790/2009, todos do Plenário. **Acórdão n.º 767/2010-Plenário, TC-002.319/2010-1, rel. Min. José Jorge, 14.04.2010.**

Incidência do art. 57, II, da Lei n.º 8.666/93, em caráter excepcional, no fornecimento de medicamentos

Ao apreciar os resultados da auditoria de natureza operacional realizada na ação “Atenção aos Pacientes Portadores de Doenças Hematológicas”, gerenciada pela Coordenação-Geral de Sangue e Hemoderivados, no âmbito do Ministério da Saúde, o relator destacou que a relevância do tema “*impõe exame acurado das causas e consequências das crises de abastecimento dos hemoderivados no Brasil*”. Caberia ao TCU não só identificar e conhecer todo o processo que regula a compra, aplicação e distribuição de tais substâncias, como também recomendar soluções factíveis e permanentes para questão tão sensível, qual seja, a oferta insuficiente de hemoderivados adquiridos de forma centralizada pelo Ministério da Saúde, e que atinge diretamente cerca de doze mil pessoas em todo o país. O relator salientou que o tratamento de pacientes com hemofilia e de pacientes com outras deficiências de fatores de coagulação baseia-se na terapia de reposição. Esse tratamento, contudo, “*não é único e pode ocorrer de formas distintas. A mais usual é por demanda, iniciada tão logo ocorra evento hemorrágico. Ela pode ser realizada em centros especializados ou na residência do hemofílico. O tratamento na residência é atendido pelo programa de Dose Domiciliar de Urgência – DDU, que procura distribuir doses por paciente. Essas devem ser armazenadas em sua residência e usadas tão logo ocorra um evento hemorrágico*”. Todavia, “*em razão das crises de abastecimento e da falta de regularidade na distribuição dos medicamentos, constatou-se uma série de interrupções no seu fornecimento*”. Na busca por soluções, a equipe de auditoria apresentou propostas, sendo que a mais importante, segundo o relator, é permitir a aplicação, em caráter excepcional, do inciso II do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, o qual possibilita que, nos casos de prestação de serviços executados de forma contínua, seja viável a celebração de contratos com vigência superior aos respectivos créditos orçamentários. Frisou o relator que “*as características necessárias para que um serviço seja considerado contínuo são: essencialidade, execução de forma contínua, de longa duração e possibilidade de que o fracionamento em períodos venha a prejudicar a execução do serviço*”. Concordeu com a equipe de auditoria no sentido de que “*essas características encontram-se presentes nas contratações para entrega de fatores de coagulação*”. E acrescentou não ter dúvida de que “*se trata de serviço essencial, pois qualquer interrupção no fornecimento de hemoderivados deixará à própria sorte indivíduos que dependem desses medicamentos para se manterem saudáveis*”. Acolhendo o voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de “*admitir, em caráter excepcional, com base em interpretação extensiva do disposto no inciso II do artigo 57 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que as contratações para aquisição de fatores de coagulação sejam consideradas como serviços de natureza contínua*”. Precedente citado: Acórdão n.º 1.859/2006-Plenário. **Acórdão n.º 766/2010-Plenário, TC-006.693/2009-3, rel. Min. José Jorge, 14.04.2010.**

SEGUNDA CÂMARA

IRPJ e CSLL não podem vir destacados no BDI, mas podem integrar o lucro da licitante

A indicação destacada, na composição do BDI, do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que as empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta. A evolução da jurisprudência do Tribunal não deve impactar as relações jurídicas já constituídas, salvo se comprovada a existência de sobrepreço. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao apreciar tomada de contas especial instaurada para apurar irregularidades na aplicação de recursos transferidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego à Secretaria de Estado do Trabalho, Emprego e Promoção Social, do Paraná (SETP/PR). Apurou-se o débito decorrente de pagamentos supostamente irregulares efetuados à Organização Brasileira de Prestação de Serviços Ltda. (Orbral) – contratada pela SETP/PR, no âmbito do Convênio n.º 55/2006, por meio do Contrato n.º 2/2006 –, atinentes aos valores do IRPJ e da CSLL. Em seu voto, o relator

fez alusão ao Enunciado n.º 254 da Súmula da Jurisprudência do TCU, segundo o qual “o IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica - e a CSLL - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - não se consubstanciam em despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas - BDI do orçamento-base da licitação, haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado”. Observou que o Tribunal vem adotando, todavia, o entendimento de que a indicação, em destacado, desses tributos na composição de preços não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois era legítimo, no passado, que as empresas os considerassem quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta de preços. Para o relator, a deliberação que inaugurou tal posicionamento – o Acórdão n.º 1.591/2008-Plenário – não alterou o entendimento consubstanciado nos Acórdãos n.ºs 325/2007 e 950/2007, ambos do Plenário. Em verdade, “ela trouxe, em atenção ao princípio da segurança jurídica, temperamento temporal aos critérios estabelecidos nesses acórdãos, passando a admitir – ressalvado se comprovada a ocorrência de sobrepreço – a inclusão do percentual dos aludidos tributos na composição do BDI para os contratos firmados anteriormente à fixação do entendimento no sentido de que tais parcelas não podem ser transferidas automaticamente ao contratante”. Ao final, ressaltou que “a jurisprudência do TCU apenas obsta a inclusão desses tributos na composição do BDI, buscando alcançar a sua padronização e, em consequência, garantir maior transparência na execução dos gastos públicos. Não quer o TCU, com isso, impedir a sua inserção na composição dos custos das empresas privadas, pois, se assim o fizesse, estaria se imiscuindo na formação de preços privados e impedindo as empresas de embutir, nos seus custos, tributos ditos diretos. Desse modo, mesmo quando não incluídos destacadamente no BDI, o TCU não pode impedir a inserção de percentual destinado à satisfação do IRPJ e da CSLL no bojo do lucro da empresa, eis que este é livremente arbitrado por ela segundo as condições de mercado e suas próprias aspirações. Assim, muito embora os tributos diretos não possam vir destacados, podem vir embutidos dentro do lucro da empresa”. Considerando, então, que o contrato celebrado com a Orbral foi firmado em 1º/6/2006 e, ainda, que não foram apontados indícios de sobrepreço pela unidade técnica, “é justo que se lhe aplique o precedente ditado pelo Acórdão 1591/2008-Plenário, devendo ser excluídos do débito apurado nos autos os valores correspondentes ao IRPJ e à CSLL”. A Segunda Câmara anuiu à conclusão do relator. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 581/2009, 1.906/2009, 1.984/2009 e 2.099/2009, todos do Plenário. **Acórdão n.º 1591/2010-2ª Câmara, TC-006.211/2008-8, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 13.04.2010.**

Cláusulas editalícias restritivas à competitividade: 1 - Exigência de número mínimo de atestados para fim de qualificação técnica

Representação oferecida ao TCU apontou indícios de irregularidades na Tomada de Preços n.º 2/2008, promovida pelo Município de Vale do Anari/RO, cujo objeto era a contratação de empresa de engenharia para construção de uma escola municipal de ensino médio e infantil, com recursos federais provenientes do Convênio n.º 842200/FNDE/2006. No que concerne aos critérios de qualificação técnica, o instrumento convocatório exigiu a comprovação de experiência anterior mediante a apresentação de, no mínimo, três certidões de acervo técnico fornecidas pelo Crea/RO, para cada um dos quantitativos mínimos das parcelas de maior relevância da obra fixados no edital, os quais deveriam estar registrados exclusivamente no nome do responsável técnico da empresa licitante. O relator ressaltou que tal prática tem sido condenada em deliberações do TCU, a exemplo do Acórdão n.º 571/2006-Plenário, no qual restou assente que “o estabelecimento de uma quantidade mínima de atestados fere o preceito constitucional da isonomia, porque desigualta injustamente concorrentes que apresentam as mesmas condições de qualificação técnica. Não se pode inferir que um licitante detentor de um atestado de aptidão é menos capaz do que o licitante que dispõe de dois”. Isso porque “a capacidade técnica de realizar o objeto existe, independentemente do número de vezes que tenha sido exercitada, ou não existe”. O relator propôs e a Segunda Câmara decidiu considerar procedente a representação. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 298/2002, 351/2002, 330/2005, 167/2006, 539/2007, 739/2007, 1.706/2007 e 43/2008, todos do Plenário; Acórdãos n.ºs 1.873/2007 e 1.526/2008, ambos da 2ª Câmara. **Acórdão n.º 1593/2010-2ª Câmara, TC-006.347/2008-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 13.04.2010.**

Cláusulas editalícias restritivas à competitividade: 2 - Índices de qualificação econômico-financeira destoantes da realidade do mercado

Em relação aos índices de qualificação econômico-financeira, o relator observou que a exigência estabelecida no edital da Tomada de Preços n.º 2/2008, promovida pelo Município de Vale do Anari/RO, mostrou-se igualmente restritiva, uma vez que, conforme assinalou a unidade técnica, os índices econômicos requeridos das licitantes estavam totalmente destoantes da realidade do mercado, em desacordo com a Lei n.º 8.666/93,

que estabelece, em seu art. 31, § 5º, que tais índices “*devem estar devidamente justificados no processo administrativo que tenha dado início ao procedimento licitatório, sendo vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a correta avaliação da situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação*”. A irregularidade pôde ser confirmada a partir dos dados publicados pela Revista Exame no ano de 2005 (Melhores e Maiores), que demonstraram que a média dos referidos índices para as empresas de construção civil situou-se em patamar bem inferior. O relator ressaltou, também, que as restrições impostas pelo Município de Vale do Anari/RO resultaram efetivamente no esvaziamento da licitação, já que, das quatro empresas que adquiriram cópia do edital, apenas uma apresentou proposta de preços. O relator propôs e a Segunda Câmara decidiu considerar precedente a representação. Precedente citado: Decisão n.º 455/98-Plenário. *Acórdão n.º 1593/2010-2ª Câmara, TC-006.347/2008-6, rel. Min-Subst. André Luís de Carvalho, 13.04.2010.*

Responsáveis pelo Informativo:

Elaboração: Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões, Assessor da Secretaria das Sessões

Supervisão: Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br