

Sessões: 21 e 22 de setembro 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**

Licitação do tipo “técnica e preço”: condições para a convocação da segunda colocada no certame, no caso de impossibilidade de contratação da primeira.

Contratação de serviços: necessidade de correspondência entre os salários informados na planilha de preços da contratada e os efetivamente pagos por ela aos seus empregados.

Contrato de locação de imóvel em que a Administração Pública é locatária: necessidade de autorização formal do proprietário no caso da realização de benfeitorias.

Restrição à competitividade: a prova de inscrição perante a fazenda pública deve-se dar de acordo com a natureza do objeto da licitação.

Rol taxativo quanto à documentação exigível para fim de qualificação técnica dos licitantes.

Primeira Câmara

Responsabilidade pelo recolhimento de tributos relativos a contratações públicas: o papel ativo do administrador público.

PLENÁRIO**Licitação do tipo “técnica e preço”: condições para a convocação da segunda colocada no certame, no caso de impossibilidade de contratação da primeira**

Por meio de levantamento de auditoria realizado nas obras de duplicação da BR-104/NE, no Estado de Pernambuco, foi constatado possível sobrepreço no Contrato UT-09-009/05, firmado entre a Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes em Pernambuco (DNIT) e a empresa JBR Engenharia Ltda., com o objetivo de realizar serviços de supervisão e fiscalização das obras. O relator, ao fazer referência a acórdão proferido anteriormente pelo Tribunal, relativo à mesma situação, destacou que a licitação, resultante no contrato examinado, adotara como critério de julgamento a “técnica e preço”. Ao fim, disputaram efetivamente a contratação as empresas JBR Engenharia e Seplane Ltda., com preços de R\$ 5.441.034,39 e R\$ 5.515.725,69, respectivamente. Como as notas técnicas “*diziam respeito ao histórico de atuação da empresa e à capacitação de seu corpo técnico*”, a empresa Seplane sagrou-se vencedora do certame. Por ocasião da celebração do contrato, a Seplane enfrentou problemas quanto ao seu cadastro, o que levou ao chamamento da segunda colocada, a JBR Engenharia. Para o relator, “*em interpretação literal do § 2º do art. 64 da Lei 8.666/93, o qual estabelece que a segunda colocada deve ser convocada nas idênticas condições da primeira desistente, contratou-se a empresa por preço superior ao que ela própria havia proposto. Isso porque o preço da segunda colocada era inferior ao da primeira*”. A situação, por conseguinte, “*desvirtuou a finalidade do dispositivo legal, qual seja, preservar as melhores condições obtidas com a primeira colocada, pois se majorou o preço da proposta da segunda colocada sem que houvesse melhora na sua parte técnica*”. Nas palavras do relator, “*acatou-se o pior das duas propostas - o preço superior da primeira e a proposta técnica inferior da segunda*”. Assim, “*considerando a impossibilidade de a segunda colocada reproduzir as condições técnicas da vencedora do certame, o mínimo que se poderia esperar é que os preços praticados fossem os menores ofertados, de forma a ser respeitada a finalidade do § 2º do art. 64 da Lei 8.666/93 e serem atendidos os princípios da economicidade e razoabilidade. Ou seja, no caso concreto, a empresa deveria ter sido contratada pelo preço de R\$ 5.441.034,39, e não pelo preço de R\$ 5.515.725,69*”. Noutras palavras, “*restou devidamente caracterizado que o valor da contratação foi indevido*”. O relator, então, votou por se determinar ao DNIT que adotasse medidas com vistas ao ressarcimento ao erário, por parte da contratada, dos valores pagos a maior, no que obteve a anuência do Plenário. Precedente citado: Acórdão

n.º 2723/2009-Plenário. *Acórdão n.º 2512/2010-Plenário, TC-015.150/2009-8, rel. Min. Benjamin Zymler, 21.09.2010.*

Contratação de serviços: necessidade de correspondência entre os salários informados na planilha de preços da contratada e os efetivamente pagos por ela aos seus empregados

Levantamento de auditoria realizado nas obras de construção de trechos rodoviários na BR-156, no Estado do Amapá, a cargo do Governo do Estado, representado por sua Secretaria de Transportes – SETRAP, em razão de convênio firmado com o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT), identificou que os salários informados na planilha de preços da empresa SD – Consultoria e Engenharia Ltda., contratada para fiscalizar as obras em questão, seriam bem superiores aos efetivamente pagos pela empresa aos seus empregados. Ouvido em audiência, um dos responsáveis alegou que, como se tratava de “*consultoria para execução de serviços de supervisão e acompanhamento das obras de construção e pavimentação da Rodovia BR-156/AP*”, e não locação de mão de obra, o pagamento deveria ser executado a partir da “*execução do serviço contratado e não tendo como base o salário pago aos seus empregados*”. Por conseguinte, para o aludido responsável, o fato de “*a empresa contratada conseguir profissionais no mercado de trabalho com salário inferior à média é matéria que escapa à competência desta Secretaria de Estado de Transportes/SETRAP, bem como se, ao contrário disso, só conseguir com salário superior. Ou seja, os salários informados pelos licitantes quando da formação dos custos referenciais são exatamente isso, referenciais*”. A unidade técnica, ao analisar as justificativas apresentadas, destacou que o “*serviço se baseia, quase que em sua totalidade, em pagamentos de funcionários, cada qual especializado em uma das técnicas necessárias ao serviço*” e que “*a garantia ao equilíbrio econômico-financeiro deve operar em ambos os sentidos: tanto em favor do particular, como em favor da Administração*”, estando tal equilíbrio, na espécie, “*direcionado a salvaguardar o direito de a Administração manter o mesmo padrão de despesa em relação à efetiva prestação do contratado*”. O relator, ao concordar com a unidade instrutiva, destacou a discrepância entre os valores dos “*salários faturados nas medições e os efetivamente pagos aos empregados da contratada, segundo declarado nas Relações Anuais de Informações Sociais (RAIS), e que também serviram de base para o recolhimento de tributos federais*”. Para o relator, “*a contratada cobrou da administração valores, a título de mão de obra, muito acima do que efetivamente pagou a seus empregados*”, situação que, “*sem dúvida, caracteriza enriquecimento da empresa, sem justa causa, em decorrência do lucro obtido em patamares excessivamente além do previsto na planilha orçamentária que serviu de base à licitação e ao contrato*”. Desse modo, conforme o voto do relator, a unidade técnica teria razão ao “*propor a rejeição das razões de justificativa dos responsáveis, pois a alegação comum de que o pagamento de salários é um risco exclusivo da contratada não é verdadeira, pois restou comprovado prejuízo ao erário*”, cabendo, por conseqüência, a recomposição da equação econômico-financeira correspondente ao contrato. Considerou, ainda, que, caso a situação fosse reversa, ou seja, se a Administração estivesse pagando à contratada valores bem inferiores aos custos efetivamente incorridos por ela, “*a interessada há muito teria provocado a administração para a revisão das condições contratuais*”. Desse modo, ao rejeitar as justificativas apresentadas pelos responsáveis, o relator votou por uma série de determinações corretivas à SETRAP, para contratações futuras, bem como, no presente caso, por que lhe fosse determinado adotar as medidas necessárias com vistas ao ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos decorrentes dos salários pagos a maior à contratada, quando comparados aos efetivamente entregues por esta aos seus empregados. O Plenário acolheu o voto do relator. Precedentes citados: Acórdãos nºs 1.014/2007, 1.233/2007 e 2.632/2007, todos do Plenário. *Acórdão n.º 2477/2010-Plenário, TC-006.144/2009-1, rel. Min. Augusto Nardes, 21.09.2010.*

Contrato de locação de imóvel em que a Administração Pública é locatária: necessidade de autorização formal do proprietário no caso da realização de benfeitorias

Em representação formulada com vistas a subsidiar o exame da prestação de contas da Radiobrás, relativa ao exercício de 2007, foram indicadas prováveis irregularidades em contratação direta feita pela entidade, cujo objeto consistia na “*execução de serviços de arranjo físico e obras de adaptação, reformas, modernização e montagem de instalações prediais em imóvel locado em São Paulo/SP, denominado ‘Espaço Bic’, com o propósito de abrigar emissoras de TV em formato digital e analógico*”. Dentre tais irregularidades, estaria a realização de “*benfeitorias que aderem de forma permanente ao imóvel locado, sem autorização prévia do locador e termo aditivo ao contrato, instrumentos indispensáveis ao necessário ressarcimento por parte do locador*”. Ouvidos em audiência, os gestores alegaram equívoco por parte da unidade técnica, uma vez que “*a reforma do espaço locado pela Radiobrás foi realizada com a anuência expressa do locador*”. As benfeitorias necessárias, de acordo com os gestores, seriam indenizadas pelo locador, em 12 parcelas; já as benfeitorias

úteis “serão objeto de negociação entre as partes, por ocasião do encerramento da locação, para definições formais a respeito da aquisição da sua totalidade, ou parte delas, pela locadora ou realizada a sua retirada do imóvel”. Em sua instrução, a unidade técnica consignou que não foi apresentada pela entidade “a formalização, por meio de documento próprio, do consentimento prévio do locador quanto às benfeitorias realizadas no imóvel, com vistas a cumprir o disposto no art. 23, inc. VI, da Lei nº 8.245/91. Ressalte-se que, nos termos do art. 35 da referida lei, as benfeitorias úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o direito de retenção”. Como não ocorrera o consentimento do locador, não haveria amparo legal para a indenização. Ao examinar a matéria, o relator destacou as providências adotadas pelos gestores da Radiobrás que, ao longo do processo, envidaram esforços no intuito de corrigir a irregularidade, acertando com o locador, formalmente, os termos da indenização com relação às benfeitorias realizadas no imóvel locado, mediante termo aditivo ao contrato originário, abarcando, inclusive, as benfeitorias úteis. Votou, por conseguinte, pelo acolhimento das justificativas apresentadas, sem prejuízo de alertar à Radiobrás que é contrária à Lei nº 8.245/1991 (art. 23, inciso VI) a “realização de benfeitorias em imóvel alugado sem prévia autorização por escrito do proprietário, em desacordo com o respectivo contrato”, além de não ser assegurada a indenização no caso de benfeitorias úteis não autorizadas. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 2489/2010-Plenário, TC-006.651/2008-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 22.09.2010.**

Restrição à competitividade: a prova de inscrição perante a fazenda pública deve-se dar de acordo com a natureza do objeto da licitação

Por intermédio de representação, empresa licitante informou ao Tribunal possíveis irregularidades em ato que a inabilitou em concorrência promovida por Furnas Centrais Elétricas S.A., cujo objeto constituía-se na contratação de serviços de consultoria para executar programa de gestão ambiental de linhas de transmissão. Em sede de audiência, um dos fatos a serem esclarecidos foi a exigência editalícia, para fim de habilitação, “da apresentação de documento comprobatório da inscrição no cadastro de contribuintes estadual”, o que seria incompatível com o objeto do certame, encontrando-se em desacordo com o preceituado no art. 29 da Lei 8.666/1993. Os gestores aduziram que “a exigência de prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual consta de todos os seus editais, nunca tendo sido este item alvo de reparos pela Controladoria Geral da União ou mesmo pelo TCU”. Afirmaram, ainda, com base em julgado do Superior Tribunal de Justiça, que a “Lei de Licitações exige prova de regularidade fiscal perante todas as fazendas, independentemente da atividade do licitante”. Dessa forma, conforme os gestores, em face do disposto nos incisos I e II do art. 29 da Lei 8.666/1993, “a prova de regularidade fiscal, no caso da Fazenda Estadual, faz-se com a comprovação de inscrição, em conjunto com a respectiva certidão de regularidade de tributos”. Para eles, “considerando as exigências do inciso II do art. 29 da lei, na hipótese de a licitante não estar sujeita à inscrição estadual, deveria disto fazer prova documental, por meio de certidão ou declaração do órgão competente”. A unidade técnica, ao analisar o assunto, expôs, inicialmente, a redação do art. 29, inc. II, da Lei 8.666/1993, que, *in literis*, exige “prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal”. O edital da concorrência contestada pela representação, todavia, no item “relativo às exigências documentais de regularidade fiscal, ao reproduzir comando semelhante ao do art. 29, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, modificou sua redação ao trocar a conjunção ‘ou’ pela conjunção ‘e’, o que na prática estabeleceu a necessidade de comprovação de inscrição em ambos os cadastros de contribuintes: municipal e estadual”. Desse modo, para a unidade técnica, “a mudança de sentido do dispositivo operada pela troca de conjunções amplia, a princípio, o escopo de exigências do certame, introduzindo requisitos não presentes no texto legal”. Pelo objeto da concorrência, serviços de consultoria, “verifica-se situação de atividade em que incidirá Imposto sobre Serviços, gerando obrigatoriedade de inscrição em cadastro municipal de contribuintes, e possível caracterização de isenção tributária estadual”. No que diz respeito à afirmativa dos gestores de que “a empresa inabilitada teria de comprovar a condição de isenta na Fazenda Estadual por meio de apresentação de certidão ou declaração do órgão competente”, a unidade instrutiva enfatizou “que tal exigência não estava expressa no edital da licitação e configura uma interpretação ampliativa dos requisitos de regularidade fiscal expressos no art. 29, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”. Desse modo, concluiu que a “exigência de prova da isenção de inscrição estadual, considerando a natureza da atividade objeto da licitação, afigurou-se meramente formal, abusiva, em desacordo com o edital e com a legislação de regência”. Propôs, em consequência, expedição de alerta a Furnas, de modo a evitar ocorrência semelhante em licitações futuras. O relator, ao concordar com as análises empreendidas pela unidade técnica, destacou que “as impropriedades do procedimento licitatório questionado não se mostraram de gravidade suficiente para configurar lesão ao erário”. Com relação à específica situação da representante, considerou que mesmo se a inabilitação pelo não cumprimento do requisito de regularidade fiscal fosse desconstituída, a empresa

subsistiria inabilitada, pelo não atendimento de requisitos de qualificação técnica, exigidos pelo edital. Assim, votou pela procedência parcial da representação, com a emissão dos alertas sugeridos, no que contou com a anuência do Plenário. *Acórdão n.º 2495/2010-Plenário, TC-019.574/2010-0, rel. Min. José Múcio Monteiro, 21.09.2010.*

Rol taxativo quanto à documentação exigível para fim de qualificação técnica dos licitantes

Em decisão monocrática adotada a partir de Representação de licitante contra o Pregão 26/2010, conduzido pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq, o relator, acolhendo manifestação da unidade técnica, determinou a suspensão dos atos decorrentes do aludido certame, até que o Tribunal delibere, em definitivo, a respeito da matéria questionada. A licitação teve por objeto a contratação de serviços especializados em tecnologia da informação, na área de operação de infraestrutura, central de serviços, suporte a estações de trabalho, suporte a instalações físicas e instalação e movimentação de equipamentos e pontos lógicos e elétricos. Em suma, o questionamento da representante referiu-se à exigência “*para fins de habilitação das licitantes, de previsão de parcerias a serem firmadas com fabricantes das plataformas utilizadas no ambiente de TI do CNPq*”. A respeito disso, expôs que o edital justificou a fixação do quesito “*em razão de os termos de parceria possuírem relação direta com a qualificação técnica dos profissionais da licitante e possibilitarem o acesso ao serviço de suporte diretamente com o fabricante*”. Todavia, para a representante, com base na jurisprudência do TCU, haveria “*excesso em exigir parcerias no nível máximo com fabricantes, uma vez que níveis intermediários são mais comuns ao mercado; que não há relação direta entre as parcerias e a qualidade da prestação dos serviços; que a qualidade da prestação dos serviços relaciona-se com a experiência no parque tecnológico de profissionais qualificados, exigência já apresentada no Edital; e, por fim, que o suporte técnico oferecido pelos fabricantes não pode ser utilizado pelos clientes dos parceiros*”. Destacou a representante, ainda, que o CNPq alegou que “*as exigências de parcerias não são necessárias para a habilitação no certame, mas sim para a contratação, e que a solicitação de parcerias para contratações de serviços de TI, com o objetivo de garantir a qualidade dos serviços e sustentabilidade da contratação, é utilizada por diversos órgãos*”. A unidade técnica, ao apurar os fatos, registrou que o “*edital dispõe expressamente que a não apresentação de documento comprobatório da firmatura das parcerias pela licitante vencedora ensejará a desclassificação da empresa*”. Assim, “*em que pese o CNPq defender que a exigência das parcerias não é atribuída à habilitação, mas sim à contratação, o que denota diferença quanto ao momento de apresentar a comprovação, conclui-se que esse requisito possui caráter eliminatório*”. Para a unidade técnica, a situação seria diferente caso se “*configurasse como critério de pontuação técnica, caracterizando-se como aspecto classificatório, o que é tido como possível pelo Tribunal de Contas da União*”. Ainda para a unidade técnica, no que se refere à qualificação técnica, a exigência de parceria em nível máximo, com os fabricantes das plataformas de TI utilizadas pelo CNPq, não se insere no rol taxativo constante da Lei 8.666/1993. Além disso, “*a justificativa apresentada pelo CNPq para as parcerias não demonstra o nível de detalhamento técnico que o tema requer. É necessária a descrição das circunstâncias técnicas que demandaram a exigência de nível máximo de parceria, de modo a proporcionar transparência quanto à motivação do requisito e promover o conhecimento das razões que ensejaram a previsão, principalmente por ser critério de eliminação*”. O Plenário referendou a cautelar deferida pelo relator. Precedentes citados: Acórdãos n.ºs 247/2003, 865/2005, 126/2007, 1.213/2009, todos do Plenário. *Decisão monocrática no TC-020.495/2010-2, rel. Min. Subst. André Luís de Carvalho, 22.09.2010.*

PRIMEIRA CÂMARA

Responsabilidade pelo recolhimento de tributos relativos a contratações públicas: o papel ativo do administrador público

“*A responsabilidade pelo recolhimento de tributos recai exclusivamente sobre a empresa contratada, a teor do disposto no art. 71 da Lei 8.666/1993; nada obstante, o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos reserva ao administrador papel ativo em relação às obrigações tributárias das empresas interessadas em contratar com a administração, devendo o gestor público dar fiel observância às obrigações legais, regulamentares e contratuais tendentes a exigir da contratada o fiel cumprimento de suas obrigações fiscais.*”. Assim foi ementado o entendimento a que chegou o Tribunal ao apurar, em sede de processo de representação, possíveis irregularidades incorridas pelo Serviço Social do Comércio em Rondônia – Sesc/RO, quanto a contrato relativo às obras de reforma do edifício do aludido serviço social. Dentre tais irregularidades estaria o fato de que a administração regional do Sesc/RO não procedera à retenção do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN devido pela empresa Tecnege Tecnologia Civil Ltda., contratada para executar

as obras. A unidade instrutiva, após as apurações, concluiu que o Sesc/RO deixara de observar as cláusulas contratuais condicionadoras do pagamento ao recolhimento de tributos, uma vez que o contrato, em suas disposições, seria claro ao estabelecer que “*por ocasião de cada faturamento, será exigida simultaneamente a apresentação dos comprovantes de recolhimento do INSS, FGTS, ISS e PIS, relativos ao mês de competência imediatamente anterior*”. Portanto, o Sesc/RO seria o “*responsável pela fiscalização do recolhimento do tributo*”. Além disso, o instrumento contratual “*determinava que os pagamentos deveriam ser realizados mediante a apresentação de notas fiscais ou notas fiscais-faturas que destacassem, entre outras retenções legais, o ISS*”. No seu voto, o relator ressaltou que, “*entre os princípios sobre os quais se ergue o Estatuto das Licitações e Contratos, está a firme ojeriza a empresas sonegadas de tributos arrecadados pelas diversas esferas de governo. E trata-se de ojeriza ativa e permanente, perpassando todo o processo licitatório e continuando pelo contrato até o último pagamento. Não é por outro motivo que uma das condições mínimas de habilitação em licitações públicas é a regularidade fiscal com os fiscos federal, estadual e municipal (art. 29, inciso III, da Lei 8.666/1993)*”. Desse modo, ainda para o relator, “*o administrador público deve agir de maneira mais do que meramente cooperativa no que se refere às obrigações tributárias das empresas contratadas pela administração*”. Todavia, o relator considerou que “*o Sesc/RO tem razão em sustentar que a entidade não está obrigada a reter e recolher o ISSQN devido ao município. Diante da inexistência de lei federal ou municipal determinando a retenção parcial ou total de tributos, a obrigação do recolhimento recai exclusivamente sobre a própria contratada, nos exatos termos do art. 71, caput, da Lei 8.666/1993*”. Por conseguinte, discordou quanto à proposta da unidade técnica de apenar os gestores do Sesc/RO, pois as infrações tributárias haveriam de ser imputadas exclusivamente ao sujeito passivo do tributo, qual seja, a empresa contratada. Assim, votou pelo conhecimento da representação, bem como por sua procedência parcial, com a emissão de determinação ao Sesc/RO no sentido de que “*atenha-se às cláusulas contratuais firmadas com prestadores de serviços, especialmente as que dizem respeito à comprovação do recolhimento de tributos decorrentes da execução do contrato, exigindo da contratada, em caso de questionamento quanto ao valor do ISSQN, a apresentação dos devidos esclarecimentos sobre a pendência, e desde que a contratada não incorra na situação de irregularidade fiscal junto ao fisco municipal*”, o que foi acolhido pela 1ª Câmara. **Acórdão n.º 6055/2010-1ª Câmara, TC-011.107/2008-0, rel. Min. Augusto Nardes, 21.09.2010.**

Responsáveis pelo Informativo:**Elaboração:** Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões.**Revisão:** Odilon Cavallari de Oliveira, Secretário das Sessões.**Contato:** infojuris@tcu.gov.br