

Sessões: 19 e 20 de outubro 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**

A elaboração de projeto básico de baixa complexidade não permite que se exija da licitante, a título de qualificação técnica, profissionais de engenharia pós-graduados.

Contratação de serviços:

1 - Para fim de repactuação, a pesquisa de preços deve ser feita nas mesmas condições em que se deu a contratação;

2 - Após a fase de lances no pregão, é necessário que a empresa vencedora atualize sua proposta, em razão da modificação dos preços.

Opção pelo Simples Nacional:

1 - A condição de optante não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva cessão de mão de obra;

2 - Nas licitações cujo objeto envolva cessão de mão de obra, a empresa optante será excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da contratação.

Cláusula contratual que autoriza cessão ou transferência total do objeto viola o art. 72 da Lei 8.666/93.

PLENÁRIO**A elaboração de projeto básico de baixa complexidade não permite que se exija da licitante, a título de qualificação técnica, profissionais de engenharia pós-graduados**

Mediante pedidos de reexame, responsáveis questionaram sanções que lhes foram aplicadas em processo de representação envolvendo irregularidades na construção do Conjunto Habitacional da Vila do Mucujá, em Macapá/AP. Dentre as irregularidades suscitadas, foram apontadas exigências impertinentes no instrumento convocatório relativo à elaboração do projeto básico da obra, tais como, no que se refere à qualificação técnica, a necessidade de a licitante possuir em seus quadros, há pelo menos 1 (um) ano, engenheiro com mestrado em qualquer área e engenheiro com pós-graduação em “*Controle da Poluição Ambiental*”, cumulativamente. Ao examinar a matéria, o relator dos recursos concordou com as análises do relator **a quo**, no sentido de que “*não é justificável exigir formação além do curso de graduação apropriado com vistas à elaboração do projeto básico de um conjunto habitacional de extrema simplicidade, pois, em princípio, qualquer profissional da área, possuidor de atestado, está capacitado para tanto; segundo, não é correto exigir que o profissional tenha algum tempo de serviço mínimo na empresa licitante; terceiro, não é cabível exigir predicados ou habilitações que não fazem falta ou são dispensáveis para a realização do trabalho*”. Para ele, “*as atribuições conferidas a um engenheiro civil bacharelado e inscrito no conselho profissional lhe bastam e lhe garantem o poder para traçar um projeto básico integrado de blocos de apartamentos, sistema de abastecimento de água e saneamento, ruas pavimentadas e outras obras de infraestrutura. Demandar pós-graduação para isso é como inserir um obstáculo ao exercício da profissão*”. Assim, votou por que se negasse provimento aos pedidos de reexame interpostos, no que contou com a anuência do Plenário. **Acórdão n.º 2788/2010-Plenário, TC-009.808/2008-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.10.2010.**

Contratação de serviços: 1 - Para fim de repactuação, a pesquisa de preços deve ser feita nas mesmas condições em que se deu a contratação

Em sede de tomada de contas especial, foram apuradas possíveis irregularidades em licitações e contratos no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que tinham por objeto a prestação de serviços de transporte de cargas. Uma dessas irregularidades teria resultado em pagamentos indevidos à empresa

contratada. Na espécie, a cláusula sexta da minuta de contrato anexa ao edital do Pregão 44/2001 previa a possibilidade de repactuação de preços, anualmente, mediante negociação, tendo por parâmetros a qualidade da prestação dos serviços e os preços vigentes no mercado, ocasião em que se deveria observar, como limitador, a manutenção da relação existente entre preços pactuados e preços de mercado quando da apresentação da proposta de origem. Em seu voto, o relator destacou que, *“para que fosse possível estabelecer a relação entre os preços pactuados e os preços de mercado, os Correios teriam que proceder a pesquisa de preços junto ao mercado, com amplitude suficiente, previamente ao procedimento licitatório e por ocasião da solicitação de repactuação”*. Todavia, para o relator, não foi isso o que se verificou, pois a ECT, *“antes da licitação, realizou pesquisa junto às transportadoras. Por ocasião das repactuações, mudou a metodologia e pesquisou junto a agenciadores de carga de carreteiros autônomos, com a justificativa de que as transportadoras poderiam fornecer preços superiores aos efetivamente praticados no mercado. Incrementou o preço obtido em 30%, para reconhecer parte dos custos de responsabilidade das transportadoras sobre os valores subcontratados junto a carreteiros autônomos”*. Segundo o relator, *“além de encerrar clara inconsistência lógica, o procedimento adotado não assegurou a manutenção das condições inicialmente pactuadas”*. Diante dos fatos, a despeito de entender descaracterizado o débito, o relator votou pela aplicação de multa aos responsáveis, o que foi acolhido pelo Plenário. **Acórdão n.º 2787/2010-Plenário, TC-019.141/2006-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.10.2010.**

Contratação de serviços: 2 - Após a fase de lances no pregão, é necessário que a empresa vencedora atualize sua proposta, em razão da modificação dos preços

Ainda na tomada de contas especial envolvendo possíveis irregularidades em licitações e contratos no âmbito da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, foi objeto de apuração a ausência, no processo do Pregão 044/2001, das planilhas de custos atualizadas, contrariando norma legal e impedindo a confrontação com solicitações posteriores de reequilíbrio econômico-financeiro. Analisadas as justificativas dos responsáveis, a unidade instrutiva concluiu que *“a concessão de reequilíbrio econômico-financeiro, com base nas planilhas originais (desatualizadas), comprometeu substancialmente os percentuais de reajuste praticados, pois estes não auferiam com exatidão o valor dos elementos que compunham o custo dos serviços prestados, bem como de sua participação no custo total”*. Em seu voto, o relator ressaltou que *“não há como acolher a alegação de que o Decreto 3.555/2000 não exige planilhas atualizadas, mas tão somente ‘planilhas de custos’ (art. 21, III), haja vista a inutilidade de planilhas sem a real composição de custos”*. Ainda para o relator, após a rodada de lances no pregão, seria necessário que a empresa vencedora atualizasse sua proposta, em razão da modificação dos preços. Para ele, *“a ausência das planilhas ‘ajustadas’ prejudica o exame de eventuais solicitações de reequilíbrio econômico financeiro, bem como aferir a economicidade de repactuações”*. Além do mais, *“a própria Ata de Reunião de Licitação prescrevia aos licitantes que tivessem seus preços modificados em função de lances a obrigação de ‘enviar planilhas dos respectivos custos ajustadas conforme preços adjudicados’, indicando que os responsáveis pela condução do pregão tinham consciência de que deveriam exigir as planilhas ajustadas”*. Assim, em consonância com as análises empreendidas pela unidade técnica, o relator votou pela rejeição das justificativas dos responsáveis e pela aplicação de multa, no que foi acompanhado pelos demais ministros. **Acórdão n.º 2787/2010-Plenário, TC-019.141/2006-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 20.10.2010.**

Opção pelo Simples Nacional: 1 - A condição de optante não impede a empresa de participar de licitação cujo objeto envolva cessão de mão de obra

Representação formulada ao Tribunal noticiou possíveis irregularidades no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem, com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – Brasília/DF. A representante intentou o expediente perante o TCU em razão, basicamente, de decisão da pregoeira da ECT, que, a partir de recurso administrativo de outra licitante, reformou sua decisão inicial, na qual havia declarado vencedora do certame a representante. Em razão do recurso, a pregoeira entendeu ser devida a inabilitação da representante. Ao examinar a matéria, o relator destacou que o deslinde da questão envolvia a análise da possibilidade de participação de empresa optante pelo Simples Nacional em licitações de cessão e locação de mão de obra, ante a vedação expressa contida no art. 17 da Lei Complementar 123, de 2006 – LC 123/2006, que estabelece tal regime diferenciado de tributação. Inicialmente, destacou o relator que os serviços licitados, copeiragem, estariam enquadrados na referida vedação e, portanto, não poderia a representante desfrutar dos benefícios do regime de tributação do Simples. No entanto, isso *“não constitui óbice à participação em licitação pública, pois, consoante destacou a unidade*

*técnica, a Lei Complementar nº 123/2006 não faz qualquer proibição nesse sentido, tampouco a Lei de Licitações”. Desse modo, “inexistindo vedação legal, o caminho a ser trilhado por empresa optante pelo Simples Nacional que eventualmente passe a executar serviços para Administração, mas que se enquadre nas hipóteses vedadas pela lei, seria, como sugerido pela unidade técnica, a comunicação, obrigatória, à Receita Federal da situação ensejadora da exclusão do regime diferenciado, sob pena das sanções previstas na legislação tributária”, providência essa já adotada pela representante em licitação anterior, promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - MPDFT, na qual se sagrara vencedora. Todavia, considerando os argumentos apresentados pelos responsáveis da ECT, baseados em entendimentos do próprio TCU, o relator deixou de imputar-lhes sanções, votando tão somente pela expedição de determinação à entidade para adoção de providências com vistas à anulação do ato irregular (inabilitação da representante), bem como pela expedição de recomendação corretiva, de que, em licitações futuras, “faça incluir, nos editais, disposição no sentido de obrigar a contratada a apresentar cópia do ofício, com comprovante de entrega e recebimento, comunicando a assinatura do contrato de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (situação que gera vedação à opção pelo Simples Nacional) à Receita Federal do Brasil, no prazo previsto no art. 30, § 1º, inc. II, da Lei Complementar nº 123, de 2006”. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010.***

Opção pelo Simples Nacional: 2 - Nas licitações cujo objeto envolva cessão de mão de obra, a empresa optante será excluída de tal regime a partir do mês subsequente ao da contratação

Ainda na representação oferecida ao Tribunal noticiando possíveis irregularidades no âmbito de pregão eletrônico destinado à contratação da prestação de serviços de copeiragem, com fornecimento de materiais/produtos destinados ao atendimento dos diversos órgãos que compõem a Administração Central da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) – Brasília/DF, outra questão fundamental seria a data de início dos efeitos da exclusão do regime do Simples Nacional. Para o relator, com base nos arts. 28, 29 e 30 da LC 123/2006, são duas as formas pelas quais se materializa a exclusão do Simples Nacional, com consequências distintas, conforme explicitado pela unidade técnica: “no caso de opção pela exclusão, a data de vigência dos efeitos se dá a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente. Já no caso de incidência das vedações, a empresa é excluída a partir do mês seguinte à ocorrência da situação impeditiva”. Na espécie, a representante “solicitou sua exclusão do Simples Nacional via ‘opção’, o que, conseqüentemente, só gera efeitos a partir de 31/12/2010, permanecendo a empresa até lá no regime diferenciado, não obstante já tenha incorrido na vedação prevista na lei desde o momento em que começou a prestar serviços para o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios”. Contudo, para o relator, a situação não constituiria “motivo para penalizar a empresa, tolhendo-a de participar ou contratar com a Administração”. O que ocorrera, no caso concreto, foi o equívoco quanto ao enquadramento da exclusão da representante, que não deveria ter sido por “opção”, com efeitos a partir de 1º janeiro do ano-calendário subsequente (2011, no caso), mas sim pelo fato de ela incidir em vedação desde 1º de julho de 2010, data de assinatura do contrato com o MPDFT. Todavia, para o relator, a despeito do erro de enquadramento, a representante, na licitação examinada, não contou com privilégios tributários, conforme declarado pela própria ECT, uma vez que na sua proposta não fora utilizada a tributação pelo regime do Simples Nacional. Assim sendo, votou pela expedição de recomendação corretiva à entidade, de que, em licitações futuras, “faça incluir, nos editais, disposição no sentido de que a licitante, optante pelo Simples Nacional, que venha a ser contratada, não poderá beneficiar-se da condição de optante e estará sujeita à exclusão obrigatória do Simples Nacional a contar do mês seguinte ao da contratação, em consequência do que dispõem o art. 17, inciso XII, o art. 30, inciso II, e o art. 31, inciso II, da Lei Complementar nº 123”. O Plenário acolheu o voto do relator. **Acórdão n.º 2798/2010-Plenário, TC-025.664/2010-7, rel. Min. José Jorge, 20.10.2010.**

Cláusula contratual que autoriza cessão ou transferência total do objeto viola o art. 72 da Lei 8.666/93

Auditoria realizada no Tribunal Regional do Trabalho 11ª Região/AM – TRT/AM com o objetivo, dentre outros, de examinar licitações e contratos efetuados pelo Tribunal nos exercícios de 2008 e 2009, apontou como achado a existência, em vários contratos, de cláusula prevendo a possibilidade de cessão ou transferência, total ou parcial, do objeto contratado, o que estaria em conflito com o art. 72 da Lei 8.666/1993. Ao examinar a matéria, o relator destacou que o TCU, na Decisão TCU nº 420/2002, firmou o entendimento de que “é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93”. Para ele, “a

ação administrativa individualiza o licitante vencedor simples e diretamente porque reconheceu nele e na proposta por ele apresentada a alternativa mais eficiente e vantajosa”. Desse modo, a possibilidade de sub-rogação “substitui o juízo da Administração, único e soberano, formado durante e por meio do procedimento licitatório - pelo juízo do licitante vencedor, o qual, por ato próprio, escolhe - agora sem qualquer critério e sem empecilhos - terceiro para executar o objeto a ele adjudicado e responder pelas obrigações e direitos previstos no contrato administrativo, passando a assumir a posição de contratado”. Mesmo a subcontratação, de acordo com o relator, tem que ser vista como exceção, uma vez que a medida deve “ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato, desde que, é claro, não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao processo licitatório”. Caso a subcontratação tivesse sido admitida pela Administração no edital dos certames, deveria ocorrer apenas com relação a parte do objeto contratado originariamente, nunca envolvendo a sua integralidade. Assim, ao concluir que a cláusula contratual que permite a cessão ou transferência total fere o art. 72 da Lei 8.666/93, o relator propôs e o Plenário decidiu expedir determinação corretiva ao TRT/AM. Acórdão n.º 2813/2010-Plenário, TC-018.220/2009-8, rel. Min-Subst. Weder de Oliveira, 20.10.2010.

Responsáveis pelo Informativo:

Elaboração: Sandro Henrique Maciel Bernardes, Assessor em substituição da Secretaria das Sessões

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

Contato: infojuris@tcu.gov.br