Sessões: 18 e 19 de setembro de 2012

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.

NOVIDADE

A partir do dia 27/9/2012, estará disponível, no portal do Tribunal, opção de **consulta textual** a todas as edições do Informativo de Licitações e Contratos.

SUMÁRIO

Primeira Câmara

1. As entidades conhecidas como serviços sociais autônomos devem adotar "*preferencialmente a licitação na modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns*".

Plenário

2. A prestação de serviços por microempresa ou empresa de pequeno porte que envolva cessão ou locação de mão de obra, entre os quais se incluem serviços contínuos ligados a atividade meio da contratante, impede a incidência do regime tributário inerente ao Simples Nacional.

3. A previsão editalícia que permite à Administração promover alterações nos valores de propostas de licitantes, com o intuito de conformá-las às alíquotas de tributos efetivamente aplicáveis ao contrato, encontra amparo no ordenamento jurídico.

4. A utilização de licitação do tipo técnica e preço para contratação de obra usual, que pode ser realizada sem emprego de tecnologia sofisticada, afronta o disposto no art. 46 da Lei 8.666/1993.

5. A exigência simultânea de capital integralizado mínimo e de prestação da garantia prevista no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993 afronta o disposto no § 2º do art. 31 dessa mesma lei.

Inovação Legislativa:

- Decreto nº 7.810, de 20/9/2012;
- Decreto nº 7.812, de 20/9/2012.

Publicação do TCU

"Guia de Boas Práticas em Contratação de Soluções de Tecnologia da Informação: Riscos e Controles para o Planejamento da Contratação"

PRIMEIRA CÂMARA

1. As entidades conhecidas como serviços sociais autônomos devem adotar *"preferencialmente a licitação na modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns"*

Recurso de Reconsideração interposto pelo Serviço Social do Comércio (SESC) – Administração Nacional requereu a reforma do Acórdão 4.520/2009 – 1ª Câmara. Por meio do comando contido em seu subitem 1.5.6, o Tribunal havia expedido determinação ao SESC, com o seguinte teor: "*adote preferencialmente a licitação na modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, conforme dispõe a Lei 10.520/2002*". Em seu recurso, o SESC argumentou que, por se tratar de serviço social autônomo, não estaria obrigado a observar os normativos federais que regulam as licitações, mas apenas os princípios gerais aplicáveis à Administração Pública. O relator reconheceu a necessidade de retificação daquele comando, com a finalidade de excluir a referência à Lei 10.520/2007, "*por não ser sua observância exigível dos integrantes do Sistema S*". Anotou que tal entendimento está pacificado no âmbito do Tribunal, desde a prolação da Decisão nº 907/1997 – Plenário. Observou, no entanto, que a obrigatoriedade de adoção preferencial do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns deve ser mantida e que tal questão já foi debatida no âmbito do Tribunal. Mencionou o Acórdão 2.841/2011 – 1ª Câmara, por meio do qual o Tribunal, com fundamento nos princípios da eficiência

e da economicidade, decidiu: "*1.10. determinar ao Conselho Nacional do SESC que promova a adequação do seu Regulamento de Licitações e Contratos, de forma a tornar obrigatória, sempre que possível, a utilização da modalidade de pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e de qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, podendo, todavia, adotar outra modalidade, mas, neste caso, desde que a escolha seja devidamente justificada*". E também Acórdão 9.859/2011 – 1ª Câmara, por meio do qual o Tribunal apreciou recurso contra essa decisão, mantendo-a inalterada. O Tribunal, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) conhecer o citado recurso; conceder a esse recurso provimento parcial, a fim de conferir ao mencionado comando a seguinte redação: "*1.5.6. adote preferencialmente a licitação na modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns;*". Precedentes mencionados: Decisão nº 907/1997 – Plenário e Acórdãos 2.841/2011 e 9.859/2011, ambos da 1ª Câmara. ***Acórdão n.º 5613/2012-Primeira Câmara, TC-013.780/2007-4, rel. Min. José Múcio Monteiro, 18.9.2012.***

PLENÁRIO

2. A prestação de serviços por microempresa ou empresa de pequeno porte que envolva cessão ou locação de mão de obra, entre os quais se incluem serviços contínuos ligados a atividade meio da contratante, impede a incidência do regime tributário inerente ao Simples Nacional

Representação formulada por empresa apontou possíveis irregularidades cometidas pelo Banco da Amazônia S/A - BASA na condução do Pregão Eletrônico nº 2011/005, que teve como objetivo a contratação de serviços de apoio administrativo de condução de veículos, copeiragem e condução de elevadores. Entre os supostos vícios, destaque-se a prestação de serviços envolvendo locação de mão-de-obra por empresa beneficiária do Simples Nacional. O relator do feito promoveu a oitiva da empresa contratada e a audiência da pregoeira do certame. Ao se pronunciar, a pregoeira alegou que o objeto da licitação não configuraria locação ou cessão de mão de obra, mas prestação de serviços de natureza contínua, relacionados à atividade-meio do Banco. E que, por isso, não teria havido violação ao comando contido no inciso XII do art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006. O relator, ao apreciar as justificativas apresentadas, transcreveu o disposto no citado comando normativo: "*Art. 17. **Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte**: (...) XII - **que realize cessão ou locação de mão de obra**;*" – grifos do relator. Acrescentou que as diretrizes específicas acerca do "*enquadramento ou não nas vedações à opção pelo Simples Nacional foram firmadas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN*", o qual estipulou em sua Resolução nº 58/2009 o seguinte: "*Art. 6º O MEI* [Microempreendedor Individual] *não poderá realizar cessão ou locação de mão-de-obra. § 1º Cessão ou locação de mão-de-obra é a colocação à disposição da empresa contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de trabalhadores, inclusive o MEI, que realizem serviços contínuos relacionados ou não com sua atividade fim, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. § 2º Dependências de terceiros são aquelas indicadas pela empresa contratante, que não sejam as suas próprias e que não pertençam à empresa prestadora dos serviços.§ 3º Serviços contínuos são aqueles que constituem necessidade permanente da contratante, que se repetem periódica ou sistematicamente, ligados ou não a sua atividade fim, ainda que sua execução seja realizada de forma intermitente ou por diferentes trabalhadores. § 4º Por colocação à disposição da empresa contratante entende-se a cessão do trabalhador, em caráter não eventual, respeitados os limites do contrato.*" – grifou-se. O relator, então, ao cotejar os dispositivos contidos na citada lei complementar e na resolução do CGSN concluiu que o fato de o objeto da licitação "*referir-se a atividade-meio do Banco não descaracteriza sua natureza jurídica de cessão ou locação de mão de obra para fins tributários, ainda que se trate de serviços contínuos*". A despeito de identificar ilegalidade no ato praticado pela pregoeira, deixou de propor sua apenação, em face, especialmente, de ausência de má-fé e da complexidade da matéria. O Tribunal, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) conhecer da Representação; b) acolher parcialmente as razões de justificativa apresentadas pela pregoeira do certame; c) determinar ao BASA que "*não efetive a próxima prorrogação do contrato 2011/073, firmado com a empresa Stilo Terceirização Ltda., caso ele ainda esteja vigente ...*"; d) alertar o BASA sobre a necessidade de "*incluir nos editais de suas licitações disposição no sentido de que, em ocorrendo as hipóteses de que trata o art. 17 da Lei Complementar nº 123/2006, seja vedada à licitante, optante pelo Simples Nacional, a utilização dos benefícios tributários do regime tributário diferenciado na proposta de preços e na execução contratual (com relação ao recolhimento de tributos), ressaltando que, em caso de contratação, estará sujeita à exclusão obrigatória desse regime tributário diferenciado a contar do mês seguinte ao da assinatura do contrato, nos termos dos arts. 30, inciso II, e 31, inciso II, da referida Lei*

Complementar". ***Acórdão n.º 2510/2012-Plenário, TC-013.038/2011-7, rel. Min. Valmir Campelo, 19.9.2012.***

3. A previsão editalícia que permite à Administração promover alterações nos valores de propostas de licitantes, com o intuito de conformá-las às alíquotas de tributos efetivamente aplicáveis ao contrato, encontra amparo no ordenamento jurídico

Representação de unidade técnica do Tribunal apontou possíveis irregularidades na Concorrência 306/2010, realizada pela empresa Amazonas Distribuidora de Energia S.A., que tinha por objeto a elaboração de projeto executivo, execução de obras civis, montagem eletromecânica e fornecimento integral de equipamentos e materiais para a implantação da subestação Mauá III, em Manaus/AM. A unidade técnica noticiou a alteração unilateral das propostas de todos os licitantes pela Administração, o que teria contrariado os comandos contidos nos arts. 41, 44 e 48, § 3º da Lei 8.666/1993. Esses ajustes foram realizados com o intuito de conformar as alíquotas dos tributos ICMS, IPI, ISS, Confins e PIS declarados pelas licitantes ao que efetivamente incorrerá a empresa contratada, em face da legislação vigente. Tal "*equalização de tributos*" implicou alteração na classificação das licitantes, com modificação da vencedora do certame. A unidade técnica, por considerar que a Administração, em vez de promover os ajustes, deveria ter estipulado prazo para que todos licitantes apresentassem novas propostas, propôs a fixação de prazo para a anulação do certame e, por conseguinte, do contrato dele decorrente, além da apenação dos responsáveis com multa do art. 58 da Lei nº 8.443/1992. O relator, contudo, observou que os ajustes de tributos realizados alcançaram todos os licitantes de "*forma isonômica*" e que decorreram de expressa previsão contida no edital da Concorrência (subitem 13.2.1). Essa cláusula estabelecia que "***Os preços ofertados serão equalizados quando os tributos indicados nas Planilhas não corresponderem ao regime tributário da licitação e aos benefícios fiscais a que fizer jus a aquisição.***" – grifos do relator. Concluiu, então, que a implementação da medida prevista nessa cláusula não configurou ilicitude e teve por finalidade adequar as propostas "*às regras tributárias aplicáveis ao contrato*". Anotou também que erros nos cálculos dos valores corretos de tributos para as propostas das licitantes, cometidos pelos membros da comissão de licitação, deveriam ser classificados como falhas formais. O Tribunal, então, decidiu acolher parcialmente as razões de justificativas apresentadas pelos responsáveis e expedir alerta à Amazonas Distribuidora de Energia S.A., com o intuito de promover o saneamento das falhas relacionadas ao correto cálculo dos citados tributos. ***Acórdão n.º 2517/2012-Plenário, TC-015.689/2011-5, rel. Min. Raimundo Carreiro, 19.9.2012.***

4. A utilização de licitação do tipo técnica e preço para contratação de obra usual, que pode ser realizada sem emprego de tecnologia sofisticada, afronta o disposto no art. 46 da Lei 8.666/1993

Auditoria realizada no Instituto Federal de Educação Tecnológica do Maranhão – IFMA avaliou a regularidade da obra de edificação da unidade de ensino descentralizada, no Município de Pinheiro/MA. A equipe de auditoria, após informar o valor estimado da obra (cerca de R$ 5,47 milhões) e o fato de que tal empreendimento já esteve incluído no quadro de bloqueio da Lei Orçamentária de 2010 (LOA 2010), apontou indício de irregularidade consistente em uso indevido do tipo técnica e preço na licitação que antecedeu sua contratação. Os responsáveis ouvidos em audiência acerca de tal ocorrência (chefe da Diretoria de Educação à Distância e chefe da Procuradoria Jurídica) apresentaram justificativas, entre as quais destaquem-se as seguintes: a) nos exercícios de 2007 e 2008, de onze licitações abertas para a realização das obras do IFMA, nove foram vencidas por duas licitantes que se mostraram incapazes de concluir os respectivos objetos; b) "*as empresas 'mergulhavam' seus preços até as margens admitidas na Lei nº 8.666/1993 e, após o início dos serviços, desaceleravam a execução, terminando por não concluir as obras*"; c) a Administração, por esse motivo, "*buscou meios de viabilizar a conclusão das obras ...*"; d) a proposta mais vantajosa pressupõe padrão mínimo de qualidade; e) o objeto contratado justificaria a adoção de licitação do tipo técnica e preço; f) as instalações dos institutos federais, especialmente a parte dos laboratórios, devem ser concebidas segundo normas técnicas especializadas; g) os projetos das obras envolvem serviços que teriam características predominantemente intelectuais. A unidade técnica e o MP/TCU consideraram que as justificativas apresentadas seriam incapazes de demonstra a incidência da excepcionalidade prevista no § 3º do art. 46 da Lei de Licitações. Isso porque seria necessário que a obra em questão fosse '*majoritariamente dependente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação*'. A citada obra, contudo, consiste em "*edificação que não depende majoritariamente de tecnologia sofisticada para sua execução*". Isso porque "*Nada há na Unidade Descentralizada de Ensino (UNED) de Pinheiro, Maranhão, que a diferencie de uma miríade de outras obras tão correntes em construção civil ...*". O relator, por sua vez, endossou as conclusões sobre a inadequação do tipo de licitação adotado, mas

considerou que os elementos contidos nos autos seriam capazes de minimizar a gravidade das condutas dos citados agentes, a ponto de isentá-los da apenação com multa. Levou em consideração, especialmente, "*o propósito de evitar a repetição de contratações que se tornaram inviáveis ante a falta de capacidade técnica das empresas vencedoras dos procedimentos licitatórios*", a inexistência de indícios de restrição ao caráter competitivo do certame e de não haverem os responsáveis auferido vantagem com a prática do ato ilegal, além do fato de que a obra ter sido contratada por valor inferior ao valor de referência para a licitação. O Tribunal, então, decidiu: a) rejeitar as razões de justificativa dos responsáveis, em relação à inobservância das disposições do art. 46 da Lei nº 8.666/1993, mas isentá-los da apenação com multa; b) dar ciência ao Instituto sobre a "*adoção de tipo indevido de licitação, técnica e preço, na Concorrência n° 8/2008, em inobservância ao art. 46 da Lei nº 8.666/1993*". ***Acórdão n.º 2515/2012-Plenário, TC***-006.285/2009-0***, rel. Min. José Múcio Monteiro, 19.9.2012.***

5. A exigência simultânea de capital integralizado mínimo e de prestação da garantia prevista no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/1993 afronta o disposto no § 2º do art. 31 dessa mesma lei

Auditoria na Superintendência da Funasa em Roraima avaliou o andamento da primeira etapa da obra de macrodrenagem no município de Caracaraí/RR, nas Bacias Livramento e São José do Operário. A equipe de auditoria apontou, entre vários indícios de irregularidades, o fato de o edital da licitação ter exigido, para fins de qualificação econômico-financeira das licitantes, a apresentação de capital integralizado mínimo de R$ 257.731,00, simultaneamente com a garantia prevista no § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666/93. Após avaliar os argumentos dos responsáveis (ex-prefeito, integrantes da comissão de licitação e assessora jurídica), considerou-as insatisfatórias, visto que a exigência de capital social ou de patrimônio líquido mínimo juntamente com a prestação de garantia, afronta o disposto no § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93. Isso porque, segundo tal comando, "*a comprovação econômico-financeira deve ser atendida por uma dessas possibilidades e não pelas duas juntas*". Elencou, em seguida, diversas deliberações do Tribunal nesse sentido. O relator, por sua vez, ao endossar a proposta de encaminhamento da unidade técnica, ressaltou o fato de que "*Somente duas empresas, com sócios e endereços em comum, retiraram o edital, e apenas uma delas compareceu ao certame*". O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu, entre outras medidas, rejeitar as razões de justificativas dos responsáveis e apená-los com multa do art. 58 da Lei nº 8.443/1992. Precedentes mencionados: Acórdãos 2.098/2010, 1.102/2009, 6.613/2009 e 1.039/2008, todos da 1ª Câmara, 383/2010, da 2ª Câmara, 556/2010, 107/2009, 1.265/2009, 2.073/2009, 701/2007 e 1.028/2007, do Plenário. ***Acórdão n.º 2521/2012-Plenário, TC-011.384/2011-5, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 19.9.2012.***

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Decreto nº 7.810, de 20/9/2012: Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de papel-moeda, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Decreto nº 7.812, de 20/9/2012: Estabelece a aplicação de margem de preferência em licitações realizadas no âmbito da administração pública federal para aquisição de veículos para vias férreas, para fins do disposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

PUBLICAÇÃO DO TCU

"Guia de Boas Práticas em Contratação de Soluções de Tecnologia da Informação: Riscos e Controles para o Planejamento da Contratação"

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