

Sessões: 11 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.

SUMÁRIO

Plenário

1. A transferência da capacidade técnico-operacional entre pessoas jurídicas é possível não somente na hipótese de transferência total de patrimônio e acervo técnico entre tais pessoas, mas também no caso da transferência parcial desses ativos.
2. A aplicação de multa a empresa pela Administração Pública, quando verificada a ocorrência de infração especificada em contrato, configura obrigação e não faculdade do gestor.
3. A verificação, em contrato de obra pública, da existência de preços unitários acima dos referenciais de mercado não configura dano ao erário, se o preço global da obra se encontrar abaixo do preço de mercado. Os preços unitários de tais itens devem, contudo, ser reduzidos aos preços de referência, na hipótese de aditivo ao contrato que aumente seus quantitativos.
4. O comando contido no inciso III do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/1993 impõe a previsão de recursos orçamentários para fazer frente às despesas com a execução do objeto licitado a serem incorridas no exercício financeiro em curso. Caso sua execução se estenda aos exercícios subsequentes, faz-se necessária a previsão das respectivas despesas no plano plurianual do ente responsável por seu financiamento.
5. A prática de atos com intuito de fraudar licitação custeada com recursos federais justifica a declaração de inidoneidade de empresa para participar de licitações que envolvam *“recursos da Administração Pública Federal, mesmo os descentralizados mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres federais”*.

Inovação Legislativa:

- Medida Provisória nº 580, de 14/9/2012.

PLENÁRIO

1. A transferência da capacidade técnico-operacional entre pessoas jurídicas é possível não somente na hipótese de transferência total de patrimônio e acervo técnico entre tais pessoas, mas também no caso da transferência parcial desses ativos

Pedido de Reexame interposto pelo Consórcio EIT/EDECONSIL/PB requereu a reforma do Acórdão nº 1.528/2012 – Plenário, por meio do qual o Tribunal havia decidido fixar prazo para que a Companhia de Saneamento Ambiental do Maranhão – Caema adotasse providências visando à anulação do julgamento da fase de habilitação da Concorrência 3/2011 e dos atos subsequentes. Essa decisão foi motivada pela aceitação por parte da Caema, na fase de habilitação, de documentos de qualificação técnico-operacional apresentados pela empresa EIT Construções S/A, integrante do consórcio, em nome da EIT Empresa Industrial Técnica S/A. Considerou-se, naquela oportunidade, que o consórcio não teria comprovado sua aptidão técnica para executar o objeto licitado, visto que a referida documentação pertencia a empresa não integrante do consórcio. Partiu-se da premissa de que seria juridicamente inaceitável a transferência de acervo técnico ou de atestados de experiência anterior entre empresas. O relator, em linha de consonância com a unidade técnica que examinou o recurso, considerou, porém, que a *“transferência de capacidade técnica operacional entre pessoas jurídicas objeto de reestruturação empresarial ... já está devidamente consagrada na doutrina e na jurisprudência brasileiras”*. Lembrou ainda que, no caso sob exame, além da transferência de parcela do patrimônio tangível da empresa EIT – Empresa Industrial Técnica S/A para a EIT – Construções S/A, houve também *“a transmissão de parcela significativa do conjunto subjetivo de variáveis que concorreram para a formação da cultura organizacional prevalecente na EIT – Empresa Industrial Técnica S/A”*. Acrescentou que os elementos contidos nos autos apontam no sentido de ter sido *“legítimo o aumento de capital da EIT Construções S.A., integralizado pela EIT – Empresa Industrial e Técnica S.A mediante a transferência de acervo técnico*

*documental, nos termos da Ata de Assembleia-Geral Extraordinária da empresa EIT Construções S.A, realizada em 22.03.2011”. Tal transferência teria se dado entre empresas fortemente vinculadas, “porquanto uma delas é a holding e a outra sua subsidiária integral, a qual atua como uma longa manus da controladora”. Reiterou as ponderações da unidade técnica, no sentido de haver “total compatibilidade entre os responsáveis técnicos que constam do acervo transferido e os responsáveis técnicos da empresa EIT Construções S/A”. E também no sentido de ser viável a transferência da capacidade técnica entre pessoas jurídicas não somente na hipótese de transferência “total do patrimônio e dos profissionais correspondentes”, mas também no caso de transferência parcial. Mencionou algumas deliberações do Tribunal que consagraram tal entendimento: Acórdãos n.ºs. 1.108/2003, 2.071/2006, 634/2007, 2.603/2007 e 2.641/2010, todos do Plenário. Concluiu então: “... os elementos objetivos presentes no caso em exame, sobretudo os vínculos atípicos que ligam a subsidiária integral à sua controladora, a comprovação de transferência de parcela do patrimônio e do acervo documental, a compatibilidade entre os responsáveis técnicos da EIT Construções S/A e aqueles que deram origem às ARTs anteriormente detidas pela EIT – Empresa Industrial e Técnica S/A e, ainda, os prejuízos que poderiam advir para o certame da eventual desclassificação do Consórcio EIT/EDECONSIL/PB, demonstraram que o interesse público primário será adequadamente atendido com a aceitação do julgamento realizado na fase de habilitação da Concorrência Pública 3/2011”. O Tribunal, por esses motivos, ao acolher proposta do relator, decidiu conhecer o referido recurso e tornar insubsistente a determinação que havia imposto a anulação do julgamento da fase de habilitação da Concorrência 3/2011 e dos atos subsequentes. Precedentes mencionados: Acórdãos n.ºs. 1.108/2003, 2.071/2006, 634/2007, 2.603/2007 e 2.641/2010, todos do Plenário. **Acórdão n.º 2444/2012-Plenário, TC-003.334/2012-0, rel. Min. Valmir Campelo, 11.9.2012.***

2. A aplicação de multa a empresa pela Administração Pública, quando verificada a ocorrência de infração especificada em contrato, configura obrigação e não faculdade do gestor

Pedido de Reexame interposto pela empresa Netafim Brasil Sistemas e Equipamentos de Irrigação Ltda. requereu a reforma de decisão proferida por meio do subitem 9.2.1 do Acórdão 2292/2010–Plenário. Tal deliberação impôs à Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba - Codevasf a obrigação de promover a cobrança de multa moratória da Netafim, em razão do não cumprimento de cláusula editalícia e contratual que impunha a prestação tempestiva de garantia correspondente a 5% do valor do contrato de obras no Perímetro de Irrigação Jacaré – Curitiba, estabelecida com suporte no art. 56 da Lei 8.666/1993. Os referidos instrumentos estipulavam que a citada garantia deveria ser prestada em até 5 dias úteis a contar da assinatura do contrato, a qual se deu em 9/3/2009. Consoante estabelecido no contrato, a falta de recolhimento da caução contratual implicaria a aplicação de multa no valor equivalente a 0,1% ao dia, até o limite de 20%, sobre o valor global do contrato. Em face de alegada necessidade de suspensão do contrato, para implementação de “*providências necessárias à readequação da configuração perimetral dos lotes do projeto (...)*”, a empresa solicitou à Codevasf, em 18/3/2009 (dois dias após o vencimento do prazo para a prestação da caução), a prorrogação de prazo para prestação da caução. Ao examinar o recurso, o relator, em linha de consonância com a unidade técnica, anotou que a “*recorrente interpôs a peça recursal fora do prazo legal de quinze dias*”. Além disso, não trouxe aos autos documentos “*que permitissem comprovar fatos novos*”. Concluiu, por esses motivos, que o recurso não deveria ser conhecido. A despeito disso, reiterou os fundamentos que embasaram a prolação da decisão recorrida e os endossou: a) empresa recorrente já estava em mora por ocasião do pedido de suspensão da apresentação da garantia contratual; b) “*não obstante a suspensão do contrato e da prestação de garantia tenha expirado em 16/6/2009, a carta de fiança contratada pela recorrente junto a instituição bancária só foi prestada como garantia em 15/7/2009, ou seja, um mês depois da condição suspensiva, e ainda assim após notificação da Codevasf*”; c) “*não se encontra na esfera de disponibilidade do gestor da Codevasf deixar de multar a contratada, eis que lhe incumbe agir proativamente, respaldado no ordenamento jurídico e nas previsões legais, editalícias e contratuais que regem a avença com a recorrente, não lhe sendo legítimo omitir-se nem renunciar às prerrogativas conferidas à administração em situações da espécie* (precedentes: Acórdão 1262/2009 e 949/2010, ambos do Plenário) – grifou-se; d) a contratada expôs a Administração a risco, durante o período que deixou de providenciar a referida garantia. O Tribunal, então, ao endossar a proposta do relator, decidiu não conhecer o referido recurso. Precedentes mencionados: Acórdão 1262/2009 e 949/2010, ambos do Plenário. **Acórdão n.º 2445/2012-Plenário, TC-012.106/2009-6, rel. Min. Valmir Campelo, 11.9.2012.**

3. A verificação, em contrato de obra pública, da existência de preços unitários acima dos referenciais de mercado não configura dano ao erário, se o preço global da obra se encontrar abaixo do preço de

mercado. Os preços unitários de tais itens devem, contudo, ser reduzidos aos preços de referência, na hipótese de aditivo ao contrato que aumente seus quantitativos

Auditoria na Eletrobras Distribuição Alagoas - CEAL (Companhia Energética de Alagoas) avaliou a execução do Contrato nº 223/2009 celebrado entre essa companhia e empresa Santana e Carvalho Ltda. para execução de obras em vários municípios do Estado de Alagoas, no âmbito do programa "Luz para Todos". A equipe de auditoria apontou a *"Inadequação ou inexistência dos critérios de aceitabilidade de preços unitário e global"*. Isso porque o edital de licitação vedava a apresentação de preços unitários acima dos previstos pela CEAL para postes, cabos, transformadores, medidores, homens hora e também para o preço global, mas permitia, para os demais itens, variações de até 30% em relação aos preços de referência. A unidade técnica observou que tal flexibilização *"não guarda conformidade com a Lei 11.768/2008 (LDO 2009), bem como com a jurisprudência deste Tribunal"*. Ponderou, no entanto, que a Curva ABC dos insumos que compõem os serviços mais representativos da obra revelou a inexistência de sobrepreço global para o objeto contratado. E também que, até aquele momento, não tinha havido celebração de aditivos de quantidades nesse contrato. Por esses motivos, não se poderia falar em dano ao erário. O relator endossou a análise da unidade técnica a respeito desse achado. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu: a) dar ciência à CEAL sobre a não observância, para vários itens do contrato, do limite imposto pelo art. 109 da LDO 2009 (Lei 11.768/2008), segundo o qual *"os custos unitários de insumos ou serviços executados com recursos dos orçamentos da União devem ser iguais ou menores que a mediana de seus correspondentes no Sinapi"*; b) determinar à CEAL que, *"na hipótese de futuros aditivos ao contrato 223/2009 que envolvam itens que apresentem sobrepreço, adote para o custo destes itens o limite dos referenciais previstos na LDO 2009 (custos de insumos ou serviços iguais ou menores à mediana do Sinapi)"*. **Acórdão n.º 2452/2012-Plenário, TC-010.073/2012-4, rel. Min. Raimundo Carreiro, 11.9.2012.**

4. O comando contido no inciso III do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/1993 impõe a previsão de recursos orçamentários para fazer frente às despesas com a execução do objeto licitado a serem incorridas no exercício financeiro em curso. Caso sua execução se estenda aos exercícios subsequentes, faz-se necessária a previsão das respectivas despesas no plano plurianual do ente responsável por seu financiamento.

Auditoria na Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – Codevasf e na Prefeitura Municipal de Floriano/PI avaliou a regularidade das obras de sistema de esgotamento sanitário do referido município (Programa de Trabalho n.º 18.544.2068.10RM.0001/2012). A equipe de auditoria considerou que o fato de o valor do convênio firmado entre o município e a Codevasf não ser suficiente para fazer frente ao valor integral das despesas da obra licitada - mas apenas às da primeira etapa - afrontaria o disposto no art. 7, § 2º, inciso III, c/c o art. 38, caput, da Lei n.º 8.666/1993, bem como a jurisprudência deste Tribunal. O Relator, contudo, asseverou que tal ocorrência não configura ilicitude, *"vez que o edital da licitação especificou as fontes de recursos – municipal e federal – por onde correriam as despesas das contratadas ..."*. Transcreveu, em seguida, os referidos comandos, entre os quais destaque-se o contido no inciso III do § 2º do art. 7º da Lei nº 8.666/1993: *"§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: (...) III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;"*. Anotou o relator que as citadas normas não impõem a previsão de recursos para a integralidade do empreendimento, *"mas somente aqueles necessários ao pagamento das obrigações a serem executadas no exercício financeiro em curso da licitação, o que, no caso, restou atendido com a alocação de recursos para a execução da 1ª fase das obras ..."*. Acrescentou que seria excessivo *"exigir o comprometimento de recursos orçamentários para execução de todo um empreendimento, sabendo que não é possível naquele determinado exercício financeiro executar todas as etapas físicas da obra"*. Lembrou, contudo, da *"obrigatoriedade de constar o investimento do respectivo plano plurianual, em face do que dispõe o art. 167, § 1º, da Constituição Federal, c/c o art. 57, inciso I, da Lei n.º 8.666, de 1993"*. O Tribunal, então, ao acolher proposta do relator, decidiu apenas recomendar à Codevasf e à Prefeitura Municipal de Floriano/PI que: *"9.1.1. conjuguem esforços no sentido de assegurar os recursos orçamentários para a execução das 2ª e 3ª fases das obras relativas ao sistema de esgotamento sanitário do Município de Floriano/PI, alertando-os quanto à necessidade, caso ainda não efetivado, de inclusão do empreendimento nos respectivos planos plurianuais, em face do disposto no art. 167, §1º, da Constituição Federal"*. **Acórdão n.º 2456/2012-Plenário, TC-012.314/2012-9, rel. Min. José Jorge, 11.9.2012.**

5. A prática de atos com intuito de fraudar licitação custeada com recursos federais justifica a declaração de inidoneidade de empresa para participar de licitações que envolvam “recursos da Administração Pública Federal, mesmo os descentralizados mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres federais”

Representação formulada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba deu notícia sobre possíveis irregularidades no âmbito do Convite nº 18/2005, conduzido pelo município de Cajazeirinhas/PB, que tinha por objeto a contratação de obras de construção de módulos sanitários custeadas com recursos repassados pela Fundação Nacional de Saúde. O relator determinou a realização de audiência das empresas que participaram do certame, dos membros da comissão de licitação e do ex-prefeito, acerca de seus respectivos atos, os quais teriam concorrido para a consumação de fraude à referida licitação. Os indícios apurados foram os seguintes: a) verificação de alternância da Empreiteira Nóbrega Ltda. e da CONSTAT – Construções e Assistência Técnica Ltda. como vencedoras de licitações no município; b) adjudicação do objeto à empresa CONSTAT a despeito de haver apresentado proposta no mesmo valor que a empresa CONPAC – Construtora Compacta Ltda., sem que essa última impugnasse o resultado; c) indício de parentesco entre os sócios da empresa CONSTAT e da Empreiteira Nóbrega; d) erros nas datas informadas para realização do certame; e) coincidências entre diversos itens das propostas das empresas CONSTAT e COPAC. Considerou o relator, após análise detalhada das propostas de preços, que os “indícios de fraude à licitação” tornaram-se “mais evidentes”. Ressaltou, a esse respeito que: “As circunstâncias (...) relatadas denotam que não houve competição, pois as licitantes, antes da fase de abertura das propostas, tinham conhecimento dos preços orçados pelas outras concorrentes”. E arrematou: “Com isso, pode-se concluir que as irregularidades tratadas ... não são meras falhas formais, nem equívocos na condução do processo licitatório. Tais fatos confirmam as suspeitas iniciais de direcionamento da adjudicação do objeto do certame”. São “indícios fortes, convergentes e concordantes de conluio e simulação da referida licitação”, para os quais concorreram as empresas e os responsáveis. Em face dessas ocorrências, o Tribunal decidiu: a) aplicar multa do art. 58, inciso II, da Lei nº 8.443/1992 a cada um dos agentes públicos envolvidos; b) declarar a inidoneidade das citadas empresas para participarem de licitações “que envolvam recursos da Administração Pública Federal, mesmo os descentralizados mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres federais, pelo prazo de 2 (dois) anos, com base no art. 46 da Lei n.º 8.443/1992”. **Acórdão n.º 2471/2012-Plenário, TC-013.396/2009-9, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 11.9.2012.**

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Medida Provisória nº 580, de 14/9/2012 - Altera as Leis nº 11.759, de 31 de julho de 2008, que autoriza a criação da empresa pública Centro Nacional de Tecnologia Eletrônica Avançada S.A. - Ceitec, e nº 11.578, de 26 de novembro de 2007, que dispõe sobre a transferência obrigatória de recursos financeiros para a execução pelos Estados, Distrito Federal e Municípios de ações do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, e dá outras providências.

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