**Número 279**

**Sessões: 22 e 23/Março/2016**

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitação e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. O objetivo é facilitar ao interessado o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do Tribunal na área. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis. As informações aqui apresentadas não são repositórios oficiais de jurisprudência.

**SUMÁRIO**

**Plenário**

1. Somente é possível alterar o cronograma físico-financeiro do contrato para antecipar o recebimento de materiais em casos excepcionais, em que fiquem demonstrados inequívocos benefícios à Administração, tais como: (i) a necessidade de receber os materiais para consolidar a contratação; (ii) a existência de risco de desabastecimento desses materiais; (iii) a possibilidade de obtenção de ganhos financeiros e de eficiência expressivos o suficiente para suplantar a incidência de custos de estocagem, deterioração e perda de garantia.

2. A inclusão, na composição do BDI constante das propostas das licitantes, do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) não é vedada nem acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de suas propostas, desde que os preços praticados estejam de acordo com os paradigmas de mercado. O que é vedado é a inclusão do IRPJ e da CSLL no orçamento estimativo da licitação.

3. A análise isolada de apenas um dos componentes do preço, custo direto ou BDI, não é suficiente para caracterizar o sobrepreço ou o superfaturamento, pois um BDI elevado pode ser compensado por um custo direto subestimado, de modo que o preço do serviço contratado esteja compatível com os parâmetros de mercado.

4. Todos os fatores de risco do empreendimento devem estar previstos no BDI, em item único e próprio, e não como custo direto na planilha orçamentária da obra, o que caracterizaria infração ao disposto no art. 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993, uma vez que o BDI é o elemento orçamentário destinado a cobrir as despesas não diretamente relacionadas à execução do objeto contratado, como a cobertura de riscos eventuais do construtor.

**PLENÁRIO**

**1. Somente é possível alterar o cronograma físico-financeiro do contrato para antecipar o recebimento de materiais em casos excepcionais, em que fiquem demonstrados inequívocos benefícios à Administração, tais como: (i) a necessidade de receber os materiais para consolidar a contratação; (ii) a existência de risco de desabastecimento desses materiais; (iii) a possibilidade de obtenção de ganhos financeiros e de eficiência expressivos o suficiente para suplantar a incidência de custos de estocagem, deterioração e perda de garantia.**

Auditoria realizada na obra de construção do Contorno Ferroviário de São Francisco do Sul (SC), paralisada desde o ano de 2012, sob responsabilidade do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) no Estado de Santa Catarina, apontara, entre outros achados, avanço desproporcional das etapas de serviço e inadequação no recebimento, estocagem e guarda de equipamentos e materiais. Nesse quesito, registrou o relator, foram *“medidos e pagos dormentes de madeira e aparelhos de mudança de via (AMV) muito antes da época em que se previa sua efetiva aplicação”*. Esses materiais *“foram fornecidos a partir do 3º mês de execução da obra, em dissonância com o cronograma físico financeiro contratado, que indicava fornecimento desses materiais entre os 19º e 22º meses de execução da obra”*. Em decorrência, *“recursos públicos no montante de R$ 1.388.183,74 estão, desde 2007, empregados em materiais estocados em condições precárias, sem prazo para gerar qualquer benefício para o contribuinte, montante esse que poderia estar sendo utilizado em outras áreas prioritárias”*. Analisando o ponto, após a audiência dos responsáveis, anotou o relator que, por imperativo do princípio da eficiência, *“a execução de serviços e o fornecimento de materiais devem estar atrelados à correspondente etapa ou atividade da obra”*. Nesse sentido, prosseguiu, *“somente é possível alterar o cronograma físico financeiro para antecipar o recebimento de materiais em casos excepcionais, devidamente demonstrados, no intuito de permitir inequívocos benefícios à Administração”*. No caso em exame, os defendentes não apresentaram *“qualquer evidência de que fosse necessário receber os materiais para consolidar a contratação no âmbito do orçamento do Dnit, de que havia risco de desabastecimento desses materiais, nem de que fosse possível inferir, à época, que a antecipação permitiria à Administração obter ganhos financeiros e de eficiência expressivos o suficiente para suplantar a incidência de custos de estocagem, deterioração e perda de garantia”*. Ao revés, arrematou o relator, *“os elementos colacionados aos autos sugerem, em vez disso, atendimento exclusivo do interesse da contratada, que já apresentara duas propostas de revisão de cronograma prevendo antecipação da entrega dos materiais”*. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta da relatoria para, rejeitando as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, aplicar-lhes a multa prevista no art. 58, inciso III, da Lei 8.443/1992. [**Acórdão 643/2016 Plenário**](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2016&numero=643&colegiado=P)**, Auditoria, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.**

**2. A inclusão, na composição do BDI constante das propostas das licitantes, do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) não é vedada nem acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de suas propostas, desde que os preços praticados estejam de acordo com os paradigmas de mercado. O que é vedado é a inclusão do IRPJ e da CSLL no orçamento estimativo da licitação.**

Tomada de Contas Especial originada de auditoria realizada em contratos de repasse celebrados entre o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, e o Governo do Estado do Maranhão, para construção e ampliação de estabelecimentos prisionais, apurara, entre outras irregularidades, a inclusão de parcela referente ao Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) na composição do BDI dos ajustes, implicando suposto prejuízo ao erário nos contratos auditados. Ao analisar o ponto, o relator, endossando o parecer do Ministério Público, destacou que o voto condutor do [Acórdão 1.591/2008 Plenário](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2008&numero=1591&colegiado=P), de sua relatoria, *“trouxe o entendimento de que ‘a indicação em destacado na composição do BDI do imposto de renda pessoa jurídica e da contribuição social sobre o lucro líquido não acarreta, por si só, prejuízos ao erário, pois é legítimo que empresas considerem esses tributos quando do cálculo da equação econômico-financeira de sua proposta’ ”*. Nesse sentido, concluiu o relator que não haveria ilegalidade *“no fato de a empresa contratada incluir tais rubricas na composição do seu BDI, desde que os preços praticados estejam em consonância com os paradigmas de mercado”*. Por fim, acrescentou que *“tanto a Súmula TCU nº 254/2010 como o art. 9º, do Decreto 7.983/2013, vedam a inclusão de tais rubricas apenas no orçamento-base da licitação, não sendo tais entendimentos aplicáveis aos preços ofertados pelos privados”*. O Tribunal, alinhado ao voto do relator, decidiu julgar regulares com ressalva as contas do gestor e da empresa contratada, dando-lhes quitação. [**Acórdão 648/2016 Plenário**](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2016&numero=648&colegiado=P)**, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler.**

**3. A análise isolada de apenas um dos componentes do preço, custo direto ou BDI, não é suficiente para caracterizar o sobrepreço ou o superfaturamento, pois um BDI elevado pode ser compensado por um custo direto subestimado, de modo que o preço do serviço contratado esteja compatível com os parâmetros de mercado.**

Ainda na Tomada de Contas Especial instaurada em decorrência de supostas irregularidades verificadas em contratos de repasse celebrados entre o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, e o Governo do Estado do Maranhão, foram citadas, solidariamente, a gestora responsável e a empresa contratada em razão de indícios de dano ao erário decorrentes de: *“a) aplicação de BDI único de 28% para materiais e serviços, gerando suposto prejuízo nos valores de R$ 1.160.416,55 (Contrato 190/2008) e de R$ 625.702,40 (Contrato 191/2008); b) inclusão de parcela referente ao IRPJ e à CSLL na composição do BDI dos ajustes, implicando prejuízo de R$ 93.766,28, no Contrato 190/2008, e de R$ 33.205,39, no Contrato 191/2008; e c) inclusão de rubrica genérica (‘eventuais’) na composição do BDI, o que acarretou dano ao erário de R$ 112.945,74 e de R$ 39.997,40 nos Contratos 190/2008 e 191/2008, respectivamente”*. Analisando o mérito, o relator consignou não ser possível *“afirmar haver sobrepreço apenas com base no exame isolado do BDI ou de suas rubricas. Ainda que se observe alguma inadequação no valor ou na composição do BDI, tal fato pode ser mitigado por um desconto ofertado nos custos diretos praticados pela empresa, de maneira que o preço do serviço, assim entendido como o valor do seu custo direto mais a incidência da taxa de BDI, esteja compatível com parâmetros de mercado”*. Lembrou, também, que *“o TCU tem considerado que a análise isolada de apenas um dos componentes do preço (custo direto ou BDI) não é suficiente para caracterizar o sobrepreço, pois um BDI contratual elevado pode ser compensado por um custo direto ofertado pela licitante abaixo do paradigma, de forma que o preço do serviço contratado esteja abaixo do preço de mercado”*. Acrescentou ainda que *“durante a fase de licitação, a jurisprudência do TCU entende que a desclassificação de proposta de licitante que contenha taxa de BDI acima de limites considerados adequados só deve ocorrer quando o preço global ofertado também se revelar excessivo, dado que a majoração do BDI pode ser compensada por custos inferiores aos paradigmas (*[*Acórdão 1.804/2012-Plenário*](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2012&numero=1804&colegiado=P)*)”*. Com base nessas razões e no que restou apurado nos autos, o relator concluiu no sentido de ser *“insubsistente o débito apurado nesta tomada de constas especial, haja vista que a unidade técnica não analisou e cotejou o custo direto dos serviços com valores de referência, limitando-se a apontar supostas inconsistências no percentual e na composição do BDI contratual”*. Nesses termos, e em face de outros aspectos analisados pelo relator, o Plenário julgou regulares com ressalva as contas dos responsáveis, dando-lhes quitação. [**Acórdão 648/2016 Plenário**](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2016&numero=648&colegiado=P)**, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler.**

**4. Todos os fatores de risco do empreendimento devem estar previstos no BDI, em item único e próprio, e não como custo direto na planilha orçamentária da obra, o que caracterizaria infração ao disposto no art. 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993, uma vez que o BDI é o elemento orçamentário destinado a cobrir as despesas não diretamente relacionadas à execução do objeto contratado, como a cobertura de riscos eventuais do construtor.**

Ainda na Tomada de Contas Especial instaurada em decorrência de supostas irregularidades verificadas em contratos de repasse celebrados entre o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, e o Governo do Estado do Maranhão, para construção e ampliação de estabelecimentos prisionais, o Tribunal examinou indícios de irregularidades concernentes à *“inclusão de rubrica genérica (‘eventuais’), na composição do BDI”* dos orçamentos estimados de dois contratos, com possível dano ao erário. Ponderou o relator, em seu voto, que há, de fato, *“ocorrências não previstas que podem repercutir no custo das obras e deverão ser arcadas pelo contratado, a exemplo de perdas excessivas de material, perdas de eficiência de mão de obra, greves, condições climáticas atípicas, furtos, acidentes de trabalho, defeitos nos equipamentos, inadimplência dos fornecedores, dentre outros. Assim, o processo de formação de preço de uma obra pública pode considerar uma taxa de contingência, também denominada riscos ou imprevistos, ou, ainda, de ‘eventuais’, estabelecida como um percentual sobre o custo direto da obra, cujo valor dependerá de uma análise global do risco do empreendimento”*. Realçou, ainda, que *“todos os fatores de risco do empreendimento devem estar previstos no BDI, em item único e próprio, e não na planilha orçamentária da obra, o que caracterizaria infração ao disposto no art. 7º, § 4º, da Lei 8.666/1993, pois tal rubrica seria uma espécie de ‘verba’ associada a serviços desconhecidos e sem previsão de quantidades. O BDI é o elemento orçamentário destinado a cobrir as despesas não diretamente relacionadas à execução do objeto contratado, como a cobertura de riscos eventuais do construtor”*. Diante disso, mas considerando não ser desproporcional o percentual adotado para o item, propôs o afastamento do débito imputado à responsável quanto ao ponto, o que foi acolhido pelo Colegiado, julgando-se regulares com ressalvas as contas. [**Acórdão 648/2016 Plenário**](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2016&numero=648&colegiado=P)**, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler.**

***Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões***

***Contato:*** *infojuris@tcu.gov.br*­­­­­­­­­­­­­­­­