

**Número 205****Sessões: 9 de julho de 2014**

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. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

SUMÁRIO**Plenário**

1. É irregular a exigência de garantia de proposta para todas as empresas participantes de consórcio, mesmo que de modo proporcional à participação de cada uma. A garantia pode ser satisfeita por qualquer uma das integrantes, ainda que tenha participação minoritária. As empresas formadoras do consórcio são responsáveis solidárias pelos atos praticados na licitação, por força do disposto no art. 33, inciso V, da Lei 8.666/93.
2. A simples participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação e enseja a aplicação das penalidades da lei. Não é necessário, para a configuração do ilícito, que a autora obtenha a vantagem esperada.
3. Os patamares das rubricas “férias” e “13º salário”, especificados no art. 7º da Constituição Federal, devem ser considerados como percentuais mínimos, não havendo óbice a que sejam ultrapassados com respaldo em negociação coletiva de trabalho, cuja norma resultante é de observância cogente pela empresa contratada, por força do art. 7º, inciso XXVI, da Lei Maior.
4. O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação.

Primeira Câmara

5. O Banco de Preços em Saúde, tendo em vista suas fragilidades e limitações para obtenção do preço de mercado, não deve ser utilizado como parâmetro legítimo na apuração de sobrepreço em medicamentos.

PLENÁRIO

1. É irregular a exigência de garantia de proposta para todas as empresas participantes de consórcio, mesmo que de modo proporcional à participação de cada uma. A garantia pode ser satisfeita por qualquer uma das integrantes, ainda que tenha participação minoritária. As empresas formadoras do consórcio são responsáveis solidárias pelos atos praticados na licitação, por força do disposto no art. 33, inciso V, da Lei 8.666/93.

Pedido de Reexame interposto por membros da comissão de licitação da Secretaria de Estado dos Recursos Hídricos, do Meio Ambiente e da Ciência e Tecnologia da Paraíba (Serhmact) requereu a reforma de deliberação do TCU pela qual os responsáveis foram condenados ao pagamento de multa em razão de inabilitação indevida de consórcio participante de concorrência. Ao apreciar o recurso, o relator apontou falha na interpretação do edital por parte da comissão de licitação, que teria considerado necessária a apresentação

de garantias por todos os integrantes do consórcio. Ressaltou o relator que, por força do art. 33, inciso V, da Lei 8.666/93, os integrantes do consórcio são responsáveis solidários pelos atos praticados na fase de licitação. Nesse sentido, *“para que a Administração fique protegida quanto à seriedade da proposta e da efetiva participação do consórcio na licitação, basta que qualquer um de seus integrantes apresente uma das garantias admitidas pela lei, no valor integral exigido no edital ..., independentemente do percentual de participação da empresa no consórcio”*. Ao rejeitar a alegação dos recorrentes de que a interpretação adotada estaria alinhada ao art. 33, inciso III, do Estatuto de Licitações, o relator destacou que a expressão *“somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação”*, relativa à qualificação econômico-financeira do consórcio, *“somente se aplica ao capital mínimo ou ao patrimônio líquido mínimo, de forma que não se exige a apresentação de garantias por cada um dos consorciados, na proporção de suas participações no ajuste”*. Acrescentou ainda o relator que, sendo modalidade de ajuste acessório, e considerando a solidariedade legal dos integrantes do consórcio, o contrato de garantia pode apresentar como garantido qualquer um dos consorciados, importando apenas que sejam atendidas as condições básicas de qualquer garantia (a exata especificação de valor garantido, o beneficiário e a obrigação garantida). No caso em exame, considerando atendidos os requisitos mencionados, concluiu o relator que não haveria razão lógica nem jurídica para se exigir a apresentação de garantia por todos os integrantes do consórcio. Seguindo a proposta da relatoria, o Plenário do Tribunal negou provimento ao recurso. **Acórdão 1790/2014-Plenário, TC 010.021/2012-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 9.7.2014.**

2. A simples participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação e enseja a aplicação das penalidades da lei. Não é necessário, para a configuração do ilícito, que a autora obtenha a vantagem esperada.

Pedido de Reexame interposto por sociedade empresária requereu a reforma do acórdão que a declarara inidônea para participar de licitação na Administração Pública Federal por seis meses, em razão de ter apresentado declaração inverídica de que atendia às condições para usufruir das vantagens previstas na Lei Complementar 123/06, beneficiando-se indevidamente do tratamento diferenciado destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Ao analisar o recurso, a unidade técnica propôs o afastamento da penalidade, ressaltando a impossibilidade de apenação da recorrente com base apenas na sua participação na licitação, principalmente porque essa teria sido o único certame com irregularidade atribuída à empresa. Além disso, destacou que a recorrente não vencera o certame questionado, *“mostrando-se desarrazoado apená-la com sanção tão severa quanto à declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Federal”*. O relator, ao discordar da unidade técnica, destacou que *“o fato de a empresa não ter vencido o certame questionado não é fundamento para o afastamento da pena, pois, em diversas assentadas esta Corte de Contas defendeu que a simples participação em certames exclusivos ou com benefícios para ME/EPP de empresa, por meio de declarações falsas, enseja apenação, pois configura fraude à licitação”*. Endossou ainda o parecer do MP/TCU, no sentido de que *“a simples participação de licitantes não enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de declarações falsas, constitui fato típico previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993. Nesse caso, não se exige que o autor obtenha a vantagem esperada para que o ilícito seja consumado, isso seria mero exaurimento”*. Por fim, concluiu que não haveria impedimento à aplicação de sanção a ré primária que sequer venceu a disputa, devendo tal questão ser considerada como atenuante na dosimetria da pena a ser aplicada. Pelas razões expostas pelo relator, o Tribunal concedeu provimento parcial ao recurso, reduzindo o prazo da penalidade aplicada à empresa para três meses. **Acórdão 1797/2014-Plenário, TC 028.752/2012-0, relator Ministro Aroldo Cedraz, 9.7.2014.**

3. Os patamares das rubricas “férias” e “13º salário”, especificados no art. 7º da Constituição Federal, devem ser considerados como percentuais mínimos, não havendo óbice a que sejam ultrapassados com respaldo em negociação coletiva de trabalho, cuja norma resultante é de observância cogente pela empresa contratada, por força do art. 7º, inciso XXVI, da Lei Maior.

Representação formulada por unidade técnica apontara possíveis irregularidades na contratação e na gestão de serviços de suporte à infraestrutura de tecnologia da informação e comunicação da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Dentre os assuntos questionados, consta a utilização de percentuais de 14,88% e 11,44% para pagamento de férias e 13º salário, respectivamente, valores que seriam superiores ao estabelecido em lei e que deveriam ser glosados pela contratante. Ao analisar o caso, o relator mencionou que não era possível concluir pela ocorrência de sobrepreço ou ganho indevido pela contratada, examinando, isoladamente, os percentuais impugnados, principalmente em razão de esses percentuais terem sido estabelecidos em convenção coletiva de trabalho. Além disso, a partir dos comprovantes de pagamento, era possível confirmar o recebimento dos valores, nos percentuais cotados, pelos empregados da empresa prestadora dos serviços. Contrapondo os

argumentos da unidade instrutiva, o relator afirmou que “o percentual de 11,11% $[(1 + 1/3) \times (100\% / 12)]$ referente a férias [resultante do acréscimo de 1/3 ao salário (art. 7º, XVII, da Constituição Federal), dividido pelo número de meses do ano], bem como o percentual de 8,33% $(100\% / 12)$ referente a 13º salário (correspondente a um salário mensal dividido pelo número de meses do ano), a que alude o art. 7º, VIII, da Lei Maior, devem ser tomados como patamares (percentuais) mínimos, não havendo óbice a que sejam ultrapassados com respaldo em negociação coletiva de trabalho, cuja norma resultante é de observância cogente pela empresa contratada, por força do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal”, dispositivo albergado como direito fundamental dos trabalhadores. Do que expôs o condutor do processo, o Tribunal acolheu a tese de que não houve demonstração de prejuízo ao erário e considerou indevidas as glosas sugeridas pela unidade técnica. **Acórdão 1805/2014-Plenário, TC 021.874/2011-5, relator Ministro José Jorge, 9.7.2014.**

4. O abuso da personalidade jurídica evidenciado a partir de fatos como (i) a completa identidade dos sócios-proprietários de empresa sucedida e sucessora, (ii) a atuação no mesmo ramo de atividades e (iii) a transferência integral do acervo técnico e humano de empresa sucedida para a sucessora permitem a desconsideração da personalidade jurídica desta última para estender a ela os efeitos da declaração de inidoneidade aplicada à primeira, já que evidenciado o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea, sob nova denominação.

Denúncia apresentada ao TCU apontara possíveis irregularidades relacionadas à contratação, por diversos órgãos públicos, de empresa que teria o mesmo objeto social e a mesma composição societária de outra empresa, declarada inidônea pelo Governo do Distrito Federal. Em preliminar, apontou o relator que as sociedades denunciadas possuíam, de fato, a mesma composição societária. Uma das empresas, criada anteriormente aos fatos denunciados, incorporou empresa sancionada com a declaração de inidoneidade para licitar, absorvendo todo seu acervo técnico, além de sucedê-la em contratos vigentes. Segundo o relator, a manobra “teve a intenção de contornar o impedimento legal aplicado”. A fraude, configurada “a partir da assunção do acervo técnico e humano e dos contratos”, evidencia “o propósito de dar continuidade às atividades da empresa inidônea sob nova denominação”. Nesse sentido, o relator lembrou precedente consubstanciado na ementa ao Acórdão 2.218/2011 – 1ª Câmara, com o seguinte teor: “Presume-se fraude quando a sociedade que procura participar de certame licitatório possui objeto social similar e, cumulativamente, ao menos um sócio-controlador e/ou sócio-gerente em comum com a entidade apenada com as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade, previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei 8.666/1993”. No caso vertente, anotou o relator, há “muito mais elementos de convicção acerca da existência de tentativa de burla ao disposto na Lei 8.666/1993 do que a hipótese delineada no acórdão mencionado”. Em seu entendimento, “três características fundamentais permitem configurar a ocorrência de abuso da personalidade jurídica neste caso: a) a completa identidade dos sócios-proprietários; b) a atuação no mesmo ramo de atividades; c) a transferência integral do acervo técnico e humano”. Prosseguindo, anotou que, embora a legislação civil garanta às pessoas jurídicas existência distinta da de seus donos, “tal proteção não abrange os casos de abuso, a exemplo de simulações que operam à margem da lei, como a aqui examinada”. Nesses termos, considerando que os elementos colhidos em contraditório não foram capazes de afastar “os indícios de que a incorporação foi realizada exclusivamente com o intuito de possibilitar a supressão da pena administrativa anteriormente aplicada”, o Plenário acolheu a proposta do relator, julgando procedente a Denúncia e cientificando os órgãos competentes de que a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública imposta à incorporada se estende à empresa incorporadora. **Acórdão 1831/2014-Plenário, TC 022.685/2013-8, relator Ministro José Múcio Monteiro, 9.7.2014.**

PRIMEIRA CÂMARA

5. O Banco de Preços em Saúde, tendo em vista suas fragilidades e limitações para obtenção do preço de mercado, não deve ser utilizado como parâmetro legítimo na apuração de sobrepreço em medicamentos. Tomada de Contas Especial originada da conversão do processo de auditoria realizada no Programa de Assistência Farmacêutica Básica do Município de São Cristóvão/SE apurara possível dano ao erário decorrente de superfaturamento em contratos para fornecimento de medicamentos. Realizado o contraditório, o relator, acompanhando a proposta alvitada pela MP/TCU, opinou no sentido da insubsistência do débito apurado nos autos, tendo em vista a utilização de padrão inadequado no cálculo do suposto superfaturamento. Sobre o assunto, registrou que “o Tribunal vem consolidando o entendimento de que o Banco de Preços em Saúde não deve ser utilizado como parâmetro legítimo para a apuração de sobrepreço em medicamentos, tendo em vista

*as fragilidades e limitações por ele apresentadas, tais como cálculo da média com base nos dezoito meses anteriores, alimentação voluntária e registro apenas das aquisições do setor público, sem possibilitar a obtenção do preço de mercado (Acórdão nºs 1.146/2011, 1.988/2013 e 1.561/2013 – Plenário e Acórdão nº 384/2014 – 2ª Câmara)”. O Plenário, acompanhando o relator, acolheu as razões de justificativa e as alegações de defesa apresentadas pelos responsáveis, determinando o retorno dos autos à natureza original de relatório de auditoria e a exclusão das empresas fornecedoras da relação processual. **Acórdão 3759/2014-Primeira Câmara, TC 002.519/2012-7, relator Ministro José Múcio Monteiro, 9.7.2014.***

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