

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 000.469/2016-5

Natureza: Representação

Órgão/Entidade: Hospital Federal de Ipanema (HFI)

Responsável: Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda. (00.436.571/0001-73).

Representação legal: Paulo Alves Rodrigues, representando Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda. (peça 81); Henrique Polastri Gomes Ferreira (OAB/MG 68846) e outros, representando Nutrisabor Assessoria e Alimentos Ltda. (peça 21).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. USO DE PRERROGATIVA RESERVADA A MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. FRAUDE À LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. ASSINATURA DE PRAZO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de representação formulada pela empresa Nutrisabor Assessoria e Alimentos Ltda. a respeito de possíveis irregularidades na condução do pregão eletrônico 7/2015, promovido pelo Hospital Federal de Ipanema (HFI), que tem por objeto a contratação de serviços continuados de nutrição e alimentação hospitalar, com valor anual estimado de R\$ 8.711.061,00.

2. A sessão de lances do certame ocorreu em 23/10/2015, tendo sido aceita a proposta da Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda., com valor de R\$ 7.495.994,00. O lance foi ofertado quando da realização do desempate ficto previsto na Lei Complementar 123/2006, superando a oferta de R\$ 7.495.995,99 da licitante melhor classificada. A representante interpôs recurso contra o resultado do pregão, havendo parecer do pregoeiro opinando pela improcedência das alegações referentes à irregularidade na habilitação da Alimensel (peça 6, p. 29-34). O pregão encontra-se suspenso, em decorrência do deferimento de liminar em mandado de segurança impetrado pela representante, que tramita na 1ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro.

3. Nesta feita, a Nutrisabor Assessoria alega, em síntese, que a Alimensel, embora tenha usufruído dos benefícios previstos para as empresas de pequeno porte, não reuniria as condições necessárias para enquadrar-se como tal, uma vez que o faturamento anual da empresa no exercício anterior ultrapassaria o máximo previsto no art. 3º, II, da Lei Complementar 123/2006 (peça 1, p. 1-18). Apresentou laudo de consultoria contábil que consignou que houve deduções indevidas que reduziram artificialmente o valor da receita bruta, contrariando procedimentos contábeis e legais (peça 6, p. 36-42).

4. Em primeira análise, a unidade instrutiva avaliou haver indícios de que os argumentos apresentados seriam procedentes, fazendo-se necessário realizar a oitiva do órgão e da licitante vencedora para que se pronunciassem quanto às questões trazidas na representação, alertando-se a empresa sobre a possibilidade de aplicação da penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992. Adicionalmente, entendeu-se cabível realizar análise comparativa entre os valores da contratação emergencial pactuada para a continuidade dos serviços e os valores orçados para a licitação suspensa, já que esses se apresentavam, globalmente, superiores (peça 34).

5. Por meio de despacho, conheci da representação, nos termos dos arts. 235 e 237, VII e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU e determinei a realização das providências cabíveis para o saneamento dos autos (peça 37).
6. Providenciadas as manifestações necessárias, a Secex-RJ concluiu que a Alimensel apresentou informações inverídicas no pregão para enquadrar-se como EPP. Dessa forma, propôs que se declarasse a inidoneidade da empresa para participar de licitações da Administração Pública Federal e que se determinasse o retorno do pregão à fase de lances, para que sua proposta fosse recusada.
7. Para finalizar a parte expositiva deste relatório, transcrevo, com os ajustes de forma pertinentes, o exame técnico empreendido na instrução da unidade técnica (peça 90):

“EXAME TÉCNICO

5. A resposta do HFI foi dividida em 3 partes, conforme apontado pela Diretora-Geral do HFI à peça 48: a) manifestação da CPL sobre a questão envolvendo a Alimensel (peça 49); b) a demonstração das diferenças de quantitativos entre o pregão e o contrato emergencial (peça 50); e c) a pesquisa de mercado que embasou a estimativa de preços do pregão (peças 51 a 58 e 63).

Primeiro ponto: a aceitação da documentação da Alimensel para fins de comprovação dos benefícios previstos no art. 44 da LC 123/2006, o qual foi efetivamente utilizado por essa sociedade empresária, não obstante haver indícios de que a empresa havia ultrapassado o limite de receita bruta previsto no art. 3º, inc. II, da mesma lei, e portanto, não fazia jus, no exercício de 2015, ao enquadramento autodeclarado em 2014.

Da resposta do HFI

6. No que concerne à suposta utilização indevida do benefício de ME/EPP pela Alimensel, a resposta foi dada por Gisele Amanda Matias e Matias, membro da CPL do HFI. Aponta que a licitação foi conduzida com a máxima observância dos preceitos legais, dentre os quais observou a busca pela proposta mais vantajosa.
7. Com relação ao questionamento sobre a natureza jurídica da Alimensel, no sentido de ser ou não uma EPP, afirma que realizou as diligências que julgou necessárias. Solicitou-se a apresentação de diversos documentos comprobatórios, especialmente o balanço contábil, tendo em vista que a análise exclusiva dos recebimentos da Administração Pública Federal por meio de ordens bancárias mostra-se insuficiente para tal comprovação.
8. Aponta que foram apresentados os seguintes documentos: a) declaração autenticada pelo contador afirmando que a empresa está no exercício de 2015 na condição de EPP e que o balanço patrimonial foi elaborado de acordo com a legislação vigente; b) documento emitido pela Receita Federal em nome da empresa na qual a mesma é optante do Simples Nacional; c) documento da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro deferindo, em 31 de março de 2015, o enquadramento da empresa na condição de pequeno porte; d) declaração de empresa afirmando que houve perda de faturamento no próprio ano de 2014 e foi solicitada, em dezembro de 2014, perante a Receita Federal, a inclusão no Simples para janeiro de 2015 e sendo deferida pelas alegações apresentadas.
9. Alega que o enquadramento, reenquadramento e o desenquadramento como ME/EPP são efetuados com base unicamente em declarações do próprio empresário, perante a Junta Comercial competente. E que informações relatadas e acostadas no presente processo por parte da empresa indicam que houve perda de faturamento no próprio ano de 2014, o que teria acarretado o deferimento do enquadramento da empresa como EPP perante a Junta Comercial, o que ocorreu antes da realização do certame.
10. Com base nas respostas acima e levando-se em consideração o entendimento do Tribunal no Acórdão 1.650/2010-TCU-Plenário, com situação semelhante ao caso em tela, no qual o relator destacou que, nos termos do art. 11 do Decreto 6.204/2007, o enquadramento como ME/EPP nas contratações públicas federais é ato declaratório por parte destas, uma vez que cabe à empresa

declarar sua situação, responsabilizando-se por informações inverídicas prestadas, entende que a empresa Alimensel fez jus corretamente ao benefício e prerrogativa da Lei Complementar 123/2006.

11. Alega não ser atribuição do pregoeiro analisar a voluntariedade da conduta praticada pela licitante, principalmente no que se refere à conduta criminosa, cuja tipificação compete tão somente ao juízo natural, lembrando que também não possui poder de polícia. Assim, se constatada fraude à licitação no art. 90 da Lei 8.666/1993, pressupõe um devido processo legal de natureza processual penal. As atribuições do pregoeiro restringem-se ao âmbito administrativo e enquanto perdurar o certame. Por fim, afirma que a CPL agiu estritamente nos ditames da lei e entende não assistir razão à representante.

Manifestação da Alimensel

12. A Alimensel foi chamada aos autos para que se justificasse a respeito de todos os pontos tratados nos autos, em especial para que apresentasse os fundamentos para a dedução de R\$ 702.300,22 referente a receita bruta de serviços da receita bruta total, conforme expresso no Balanço de Resultado Econômico de 2014 (peça 9, p. 19), apresentando expressamente o fundamento legal que permita cada parcela deduzida para fins de enquadramento como ME/EPP nos termos da LC 123/2006.

13. Afirma que houve 'glosas nas notas fiscais consideradas para faturamento'. Alega que anteriormente, em sua defesa, não foi declarado que o valor lançado estava 'a maior', isto, logicamente, até desconhecimento motivado por falha de comunicação com o contador.

14. Alega que as receitas geradas por todos os contratos no ano de 2014 não foram suficientes para ultrapassar o limite de enquadramento do Simples Nacional.

15. Afirma que a representante alega que houve deduções indevidas que reduziram o valor da receita e, por conta disso, teria havido fraude. Aponta que as notas fiscais são eletrônicas, e que, mesmo que houvesse erros no balanço, isso por si só não configura fraude.

16. Alega que no Estado do Rio de Janeiro e no município onde a empresa está sediada, as notas fiscais são emitidas de forma eletrônica, e que a única forma de burlar seria emitir uma nota, apresentá-la ao órgão pagador e depois fazer seu cancelamento, o que não seria prática da empresa.

17. Franqueou a documentação contábil à fiscalização deste Tribunal, e desafiou a encontrar nos registros notas fiscais canceladas. Aponta que esta Secex teria afirmado que houve a utilização indevida do benefício sem o contraditório.

18. Alega que o faturamento auferido com o município do Rio de Janeiro está consignado no balanço de 2014, porém, dada a peculiaridade do serviço prestado, as notas fiscais apresentadas sofrem análise e glosas, que diminuem consideravelmente o valor faturado. Cita, para esclarecer, o Acórdão 3.114/2010-TCU-2ª Câmara.

19. Acrescenta que, embora a emissão das notas fiscais demonstre que a Alimensel teria ultrapassado em R\$ 22.788,87 o limite de faturamento máximo de EPP, com a correção dos valores efetivamente faturados e recebidos, teria ficado bem abaixo do limite, uma vez que a Prefeitura do Rio desconta a glosa, no momento em que procede à liquidação da despesa, não paga antes e compensa ou desconta-se depois.

20. Alega que se a intenção da empresa fosse fraudar o Fisco, não teria inserido valores a maior, pois isto prejudica a empresa, pelo pagamento a maior de impostos, os quais, após a percepção do equívoco, serão compensados junto aos órgãos fiscais.

21. Afirma ter juntado a essa resposta de oitiva o anexo I, assinada pelo contador, que demonstraria os valores glosados e que serão corrigidos junto à Receita Federal, uma vez que, se foi glosado, o faturamento deve ser corrigido. Alega que só pode ser considerado faturamento aquilo que de fato foi reconhecido, atestado e pago (ou está pendente de pagamento). Aponta que o faturamento anual

da empresa é a soma dos valores que entraram em caixa, ou entrarão, igual às receitas, ou seja, a soma de todas as vendas, sem impostos.

22. Alega que não teria ultrapassado o faturamento previsto na legislação vigente e que, portanto, a utilização do benefício do art. 44 da Lei Complementar 123/2006 seria direito líquido e certo.

23. Assim, espera que o Tribunal reveja sua posição, ante os elementos fáticos apresentados, que demonstrariam que não foi ultrapassado o limite de faturamento para permanência na condição de EPP. Alega estar evidente que houve lançamentos de valores indevidos, a maior, por parte do sistema contábil da empresa, mas, na prática, fato é que as notas fiscais emitidas, descontando-se as glosas, não alcançariam o valor de R\$ 3.622.788,87.

24. Alega tratar-se de falha formal, que em nada teria maculado o certame. Afirma que fará a correção dos balanços, onde teriam ocorrido lançamentos a maior, em prejuízo à empresa, que serão apresentados à Receita Federal e outros órgãos cabíveis, pelos meios próprios para correções fiscais e contábeis, oportunizado a todos que agem de boa-fé, como é o caso.

25. Por fim, pediu para reconsiderar a decisão adotada, para que se possa dar continuidade à contratação, seja rejeitada a representação, seja reconsiderado o balanço, confrontando-o com a planilha apresentada (anexo I), sejam considerados procedentes os argumentos e seja determinado ao HFI a continuidade do certame.

Análise conjunta

26. Inicialmente, cabe apontar que a única ‘planilha anexa’ à resposta da Alimensel consta da peça 84, p. 2. Trata-se de uma relação de retenções efetuadas na fonte, relativa ao exercício de 2014, com aposição de assinatura sem identificação.

27. A relação não permite fazer qualquer conclusão, no sentido alegado pela Alimensel. Cabe ressaltar que a Receita Federal edita normas que tornam obrigatória a retenção de impostos e contribuições por parte de órgãos públicos tomadores de serviço, ao efetuarem o pagamento pelos serviços contratados. Atualmente, acerca do assunto, está vigente a IN RFB 1234/2012. Assim, a relação de retenções não tem o condão de provar a perda de faturamento alegada pela Alimensel.

28. Ademais, a questão está pendente desde o final do exercício de 2015, época em que foi concedida liminar pelo Poder Judiciário – lembrando que este Tribunal não adotou a medida cautelar pleiteada pela representante. Se a Alimensel quisesse (e pudesse) retificar os balanços de 2014, já teria tido tempo suficiente para tal, mas ainda não o fez. Também não foi acostada uma nota fiscal sequer que foi objeto de glosa.

29. Assim, os argumentos da Alimensel alegando ‘perda de faturamento’, desacompanhados de qualquer documentação comprobatória, não podem ser aceitos, pois essa perda não pode ser presumida ou aceita com base unicamente em afirmações do representante legal, que contrariam o balanço apresentado por ocasião do certame ora em discussão.

30. Ou seja, a Alimensel, em suma, afirma que o faturamento de 2014 foi inferior a R\$ 3.600.000,00, mas não traz qualquer documento que comprove essa alegação. No direito, o ônus da prova cabe a quem alega. Caberia à empresa demonstrar, portanto, por meio de documentos, que o limite de faturamento não foi atingido em 2014. Ora, decorridos cerca de 18 meses do prazo para fechamento dos balanços de 2014, a Alimensel ainda não tem esse dado disponível?

31. Ademais, alega que não incluiria receitas que não ocorreram no balanço, pois assim teria que pagar mais impostos e contribuições sobre receita e faturamento. O argumento no sentido de que não teria valores a maior no balanço se a intenção fosse fraudar o Fisco é um contrassenso. A empresa em momento algum foi acusada de fraudar o Fisco – o que pressupõe a omissão de receitas, e não o contrário – e sim de utilizar o benefício legal da LC 123/2006 indevidamente, o que são coisas diferentes, embora relacionadas à Administração Pública em ambos os casos.

32. Cabe ressaltar, ainda, que na receita bruta, nos termos do art. 12, § 5º, do Decreto-lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977, alterado pela MP 627/2013 (posteriormente convertida em lei), inclui-se o valor dos impostos, ao contrário do que alega o responsável:

‘§ 5º Na receita bruta incluem-se os tributos sobre ela incidentes e os valores decorrentes do ajuste a valor presente, de que trata o inciso VIII do caput do art. 183 da Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, das operações previstas no caput, observado o disposto no § 4º.’ (NR)

33. Para fins de enquadramento como ME/EPP, o art. 3º da Lei Complementar 123/2006 utiliza a expressão ‘receita bruta’, cuja definição acima inclui os tributos, ao contrário do que afirma o responsável. Assim, a receita bruta obtida pela Alimensel em 2014 foi de R\$ 4.442.357,07 (peça 9, p. 19).

34. Além disso, ressalta-se que o enquadramento, para fins de obtenção dos benefícios previstos nos art. 42 a 49 da LC 123/2006 (licitações públicas), depende do arquivamento na Junta Comercial, regulada atualmente pela Instrução Normativa 10, de 5/12/2013, do Departamento de Registro Empresarial e Integração (DREI). No caso das sociedades limitadas, o disciplinamento consta no anexo 2 da citada norma (peça 32), sendo que para a MEs/EPPs o procedimento está disciplinado no item 3.18.1.

35. Conforme apontado pela ora representante, o enquadramento depende de declaração, sob as penas da lei, de que a sociedade empresária se enquadra nos critérios que lhe permitem obter o benefício. Trata-se de ato unilateral, não sujeito a análise por parte da Junta Comercial.

36. A alegação de que a Alimensel está enquadrada no Simples Nacional não elide a irregularidade. Conforme consulta ao Portal do Simples Nacional (peça 34), a Alimensel solicitou a inclusão no Simples em 10/12/2014, portanto, antes do fechamento do balanço de 2014 (31/12/2014), quando ainda podia não ter extrapolado a receita previsto no 3º, II, ‘b’, da LC 123/2006. Tal informação, aliás, já era de conhecimento do HFI, conforme resposta encaminhada pela UJ para fins de subsidiar essa instrução inicial (peça 29, p. 4).

37. Assim, ante o exposto, e com base no item 3.18.1 do anexo 2 da IN DREI 10/2013, a Alimensel, após ter tomado ciência de sua receita bruta do exercício de 2014, deveria ter solicitado o desenquadramento na Junta Comercial, o que não fez. No entanto, não pode se beneficiar por uma omissão, dela valendo-se para obter os benefícios relativos às MEs/EPPs no âmbito das licitações públicas.

38. Cabe ressaltar que, na época do certame, ainda estava vigente o Decreto 6.204/2007, que regulamenta a LC 123/2006, e que traz a seguinte previsão:

‘Art. 11. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao seu art. 3º, devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 daquela Lei Complementar.’

39. Atualmente, está vigente o Decreto 8.538/2015, que revogou o anteriormente citado, e traz a seguinte previsão no art. 13:

‘Art. 13. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como:

I - microempresa ou empresa de pequeno porte se dará nos termos do art. 3º, caput, incisos I e II, e § 4º da Lei Complementar no 123, de 2006;

...

§ 1º O licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no

art. 3º da Lei Complementar no 123, de 2006, no ano fiscal anterior, sob pena de ser declarado inidôneo para licitar e contratar com a administração pública, sem prejuízo das demais sanções, caso usufrua ou tente usufruir indevidamente dos benefícios previstos neste Decreto. (grifo acrescido)

§ 2º Deverá ser exigida do licitante a ser beneficiado a declaração, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, microempreendedor individual, produtor rural pessoa física, agricultor familiar ou sociedade cooperativa de consumo, estando apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos art. 42 ao art. 49 da Lei Complementar no 123, de 2006.’

40. Independentemente do fato de o decreto vigente à época não trazer a previsão contida no art. 13, § 1º, do Decreto 8.538/2013, a Alimensel estaria vedada de obter os benefícios previstos na LC 123/2006, por força do art. 3º, § 9º, já mencionado, que não sofreu qualquer alteração.

41. Uma vez que a sociedade empresária Alimensel não se enquadra nas exceções dos §§ 9º-A, 10 e 12 do citado artigo, aplica-se a ela o disposto no art. 3º, § 9º da LC 123/2006. Assim, como obteve receita bruta superior a R\$ 3.600.000,00 em 2014, não poderia obter os benefícios da citada lei no exercício de 2015.

42. Desse modo, conclui-se que a Alimensel utilizou-se indevidamente do benefício previsto na LC 123/2006, uma vez que o seu faturamento do ano-calendário de 2014, anterior ao certame do HFI, foi superior ao teto de R\$ 3.600.000,00 estabelecido na Lei Complementar 123/2006.

43. Com relação aos argumentos do HFI, ressalta-se que a resposta de peça 49 é uma nova versão da resposta apresentada em momento anterior (peça 24). Apenas o item 8 da resposta (que era o item 7 da resposta anterior) possui novo argumento.

44. Esse item traz um julgamento deste Tribunal que indica decisão adotada em ocasião pretérita, em que se conclui, em razão do trecho do julgado no sentido de que ‘cabe à empresa declarar sua situação, responsabilizando-se por informações inverídicas porventura prestadas’, que a empresa Alimensel fez jus corretamente ao benefício da LC 123/2006.

45. Ora, o fato de a empresa ter responsabilidade pelas informações inverídicas prestadas não tem o condão de tornar legal a utilização. Assim, embora a premissa (extraída do acórdão) esteja correta, a conclusão da pregoeira não está. O que se pode extrair do julgado é que, numa situação como a verificada, pode eventualmente ser excluída a responsabilidade do pregoeiro, da equipe de apoio ou da autoridade homologadora, mas não que a utilização do benefício será legal pelo simples fato de a licitante fazer declaração nesse sentido.

46. No caso em tela, como a tentativa de obtenção do benefício decorreu de ato da licitante, em que pese ter havido falha na condução do certame, entende-se que a situação não enseja, por si só, a aplicação de multa aos responsáveis. Assim, entende-se não ser necessário promover a audiência dos gestores, sem prejuízo de que seja dada ciência à UJ acerca da falha constatada.

47. Desse modo, cabe determinar ao HFI que, caso deseje dar continuidade ao Pregão Eletrônico 7/2015, adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de promover o retorno de fases e a recusa da proposta da licitante Alimensel, uma vez que essa utilizou-se indevidamente do benefício fiscal previsto no art. 44 da Lei Complementar 123/2006, uma vez que a receita bruta constante nas suas demonstrações contábeis foi de R\$ 4.442.357,07, superior, portanto, ao limite de R\$ 3.600.000,00, o que não a permitia enquadrar-se como empresa de pequeno porte, nos termos do art. 3º, inc. II, da Lei Complementar 123/2006 c/c o art. 12, § 5º, do Decreto-lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

48. Além disso, entende-se necessário aplicar a penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, declarando-se a inidoneidade da empresa Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda., CNPJ 00.436.571/0001-73, para participar de licitação no âmbito da Administração Pública Federal.

49. Por fim, cabe dar ciência ao HFI acerca da seguinte irregularidade constatada no âmbito do Pregão Eletrônico 7/2015: aceitação de proposta de empresa que se utilizou indevidamente do benefício concedido a micro e pequenas empresas (art. 44 da Lei Complementar 123/2016), uma vez que os demonstrativos contábeis apontam receita bruta superior a R\$ 3.600.000,00 no exercício de 2014, o que a impede de ser enquadrada com empresa de pequeno porte, nos termos do art. 3º, inc. II, da Lei Complementar 123/2006 c/c o art. 12, § 5º, do Decreto-lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

Segundo ponto: divergências entre os valores estimados no Pregão Eletrônico 7/2015 e aqueles observados no contrato emergencial, o que resultou nos encaminhamentos contidos nos itens 12.2.2 e 12.4 do despacho do Relator (peça 37).

Da resposta do HFI

50. Com relação a esse ponto, a área demandante da contratação (Serviço de Nutrição e Dietoterapia - SND) do HFI informou (peça 50) que existem diferenças entre o escopo/quantitativo constante no termo de referência das contratações em questão.

51. Aponta que houve aumento do quantitativo de dietas a serem fornecidas aos pacientes, funcionários, residentes e acompanhantes legalmente instituídos, os quais foram subestimados no termo de referência do contrato emergencial.

52. Complementa que tais quantitativos foram redimensionados de acordo com um histórico de consumo de refeição no hospital a partir de dados do ano de 2015, e que uma nova estimativa com quantitativos maiores de refeições foi apresentada no termo de referência do processo licitatório.

53. Afirma que houve inclusão de itens na listagem de alimentos/preparações complementares, os quais são solicitados pelo SND/HFI adicionalmente às preparações/refeições regulares, conforme necessidades especiais do quadro dos pacientes.

54. Também informa que houve aumento das despesas de água, gás e energia elétrica; no processo emergencial, a estimativa dessas despesas estava baseada no histórico de 2009, a qual foi mantida, uma vez que o edital que estava vigente na época foi usado como modelo para a contratação emergencial; já no processo licitatório, foi promovida a atualização dos custos relativos ao ano mais recente (2015), sendo constatado aumento de valores. Ressalta que essas despesas impactam o valor final das propostas, uma vez que a empresa responsabiliza-se pelo pagamento pro-rata nas seguintes proporções: gás (100%), energia elétrica (5%) e água (10%), conforme determina o termo de referência.

55. Ainda na peça 50, p. 3-5, consta um comparativo de quantidades de estimadas em cada processo, os itens que estão no pregão mas que não fazem parte da contratação emergencial e um comparativo dos gastos de água, gás e energia elétrica de 2009 (emergencial) e 2015 (pregão). Por fim, às peças 51 a 58 e 63 constam as cópias das páginas que embasam a pesquisa de preços do pregão.

Análise

56. Da análise das tabelas contidas na resposta da SND, verifica-se que o ressarcimento com despesas de água, gás e energia elétrica aumentou de R\$ 12.809,60 em 2009 para R\$ 24.378,70 em 2015. Embora seja um aumento de cerca de 90%, bastante elevado em termos percentuais, não chega a ser impactante em termos absolutos, pois a diferença de R\$ 11.569,10 representa menos de 10% da variação de custo do contrato emergencial em relação ao contrato e são compatíveis com as informações constantes no edital (anexo X do edital; peça 9, p. 194-195).

57. No tocante aos itens complementares, foram incluídos apenas os relacionados em negrito, sendo quinze unidades de iogurte ou iogurte light, dez unidades de bebida à base de soja e cinco sorvetes ou picolés, o que também não tem relevância no valor total da contratação.

58. Consta-se, no entanto, que o número estimado de refeições para pacientes passou de 8.630 para 12.950 (aumento de 50%) e o número de refeições para servidor, residente e acompanhante passou de 6.400 para 11.900 (acréscimo de 86%). Assim, o total de refeições estimadas passou de 15.030 para 24.850, aumento de 56,8%, o que justifica o aumento no custo mensal estimado.

59. Ainda sobre os preços estimados, à peça 63, p. 52, última página da planilha onde foi definido o valor estimado, verifica-se que este corresponde à média entre o preço estimado pelo Setor de Compras do HFI e a menor proposta recebida (no caso, da ora representante).

60. Desse modo, entende-se sanado esse ponto da representação.

CONCLUSÃO

61. Ante a análise realizada, entende-se que devem ser adotadas as seguintes medidas: determinação ao Hospital Federal de Ipanema (item 47), declaração de inidoneidade de licitante (item 48) e ciência ao Hospital Federal de Ipanema (item 49). Por fim, em razão das apurações, entende-se que a presente representação deve ser julgada parcialmente procedente.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

62. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, sugerindo-se o envio dos autos ao Relator, Ministro Bruno Dantas, com as seguintes propostas:

I - julgar a presente representação parcialmente procedente (item 61 dessa instrução);

II - determinar ao Hospital Federal de Ipanema, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c art. 45 da Lei 8.443/1992 e art. 251 do Regimento Interno do Tribunal, que, caso deseje dar continuidade ao Pregão Eletrônico 7/2015, adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, no sentido de promover o retorno de fases e a recusa da proposta da licitante Alimensel, uma vez que essa utilizou-se indevidamente do benefício fiscal previsto no art. 44 da Lei Complementar 123/2006, uma vez que a receita bruta constante nas suas demonstrações contábeis foi de R\$ 4.442.357,07, superior, portanto, ao limite de R\$ 3.600.000,00, o que não a permitia enquadrar-se como empresa de pequeno porte, nos termos do art. 3º, inc. II, da Lei Complementar 123/2006 c/c o art. 12, § 5º, do Decreto-lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (item 47 dessa instrução);

III - aplicar à licitante Alimensel Fornecedor de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda., CNPJ 00.436.571/0001-73, a penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, declarando-se a inidoneidade da referida sociedade empresária para participar de licitação no âmbito da Administração Pública Federal, em razão da conduta verificada no âmbito do Pregão Eletrônico 7/2015, promovido pelo Hospital Federal de Ipanema (item 48 dessa instrução);

IV - dar ciência ao Hospital Federal de Ipanema acerca da seguinte irregularidade constatada no âmbito do Pregão Eletrônico 7/2015: aceitação de proposta de empresa que se utilizou indevidamente do benefício concedido a micro e pequenas empresas (art. 44 da Lei Complementar 123/2006), uma vez que os demonstrativos contábeis apontam receita bruta superior a R\$ 3.600.000,00 no exercício de 2014, o que a impede de ser enquadrada com empresa de pequeno porte, nos termos do art. 3º, inc. II, da Lei Complementar 123/2006 c/c o art. 12, § 5º, do Decreto-lei 1.598, de 26 de dezembro de 1977 (item 49 dessa instrução);

V - arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inc. V, do Regimento Interno do Tribunal.”

8. O encaminhamento obteve a anuência das chefias da unidade técnica (peças 91 e 92).

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de representação formulada pela empresa Nutrisabor Assessoria e Alimentos Ltda. a respeito de possíveis irregularidades na condução do pregão eletrônico 7/2015, promovido pelo Hospital Federal de Ipanema (HFI), que tem por objeto a contratação de serviços continuados de nutrição e alimentação hospitalar, com valor anual estimado de R\$ 8.711.061,00.

2. Sagrou-se vencedora da fase de lances a empresa Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda., com proposta no valor de R\$ 7.495.994,00, ofertada quando do desempate ficto, previsto no art. 44 da Lei Complementar 123/2006, superando o lance de R\$ 7.495.995,99 da licitante melhor classificada. O pregão encontra-se suspenso, em decorrência de liminar em mandado de segurança deferida pela 1ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro.

3. Nesta feita, a representante alega, em síntese, que, no referido pregão, a Alimensel usufruiu de forma indevida das prerrogativas reservadas às empresas de pequeno porte, uma vez que não reuniria as condições necessárias para enquadrar-se como tal.

4. Após a adoção de medidas para o saneamento dos autos, com a realização das oitivas do HFI e da licitante vencedora, a Secex-RJ concluiu ser procedente a representação, motivo pelo qual propôs que se declarasse a inidoneidade da Alimensel para participar de licitações da Administração Pública Federal e que se determinasse à entidade que, em caso de continuidade do pregão, procedesse à recusa da proposta da empresa.

5. Quanto ao mérito, acolho na essência as conclusões da unidade técnica transcritas no relatório precedente, motivo pelo qual incorporo às minhas razões de decidir o exame levado a efeito, sem prejuízo de realizar as considerações que julgo pertinentes.

6. De acordo com o “balanço de resultado econômico” da Alimensel Fornecedora (peça 7, p. 13), a receita bruta da empresa alcançou, no ano-calendário de 2014, o valor de R\$ 4.442.357,07. Esse montante ultrapassou o limite de R\$ 3,6 milhões, previsto no art. 3º, II, da LC 123/2006, para que se considerasse a empresa como de pequeno porte no exercício de 2015.

7. Na defesa apresentada em resposta à oitiva, a empresa divergiu desse entendimento, declarando que o faturamento obtido em 2014 teria sido de R\$ 3.622.788,87, o qual, deduzido de glosas a serem regularizadas, respeitaria o limite legal.

8. Essa alegação, entretanto, não merece prosperar, considerando-se que, para obter essa cifra, a empresa subtraiu do total da “receita bruta de venda”, de forma indevida, valores referentes a tributos (PIS, COFINS, CSLL, IRPJ e ICMS) e “custos dos produtos aplicados nos serviços”, utilizando-se de metodologia que não encontra amparo no disposto no art. 3º, § 1º, da LC 123/2006. No mais, o faturamento reconhecido pela empresa como o correto também ultrapassa o limite imposto, não havendo comprovação de eventuais perdas ou glosas que o tenham reduzido.

9. Assim, verifico que os elementos constantes dos autos são bastantes para se concluir que a empresa usufruiu de forma indevida do tratamento diferenciado conferido pela LC 123/2006, utilizando-se de procedimentos fraudulentos. Além de apresentar declaração falsa, deixou de solicitar a mudança de enquadramento legal à Junta Comercial, descumprindo o art. 3º, § 9º, da LC 123/2006, o art. 11 do Decreto 6.204/2007 (então vigente) e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio 103/2007, bem como de regularizar sua situação junto à Receita Federal.

10. Caracterizada a ocorrência de fraude à licitação, deve-se aplicar à empresa a sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, declarando-se sua inidoneidade para participar de licitações da

Administração Pública Federal pelo período de seis meses. O critério acompanha o adotado em outras decisões desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 3.074/2011, 745 e 1.104/2014, todos do Plenário.

11. Por fim, considerando que a decisão judicial que suspendeu o certame facultou ao pregoeiro a revisão do ato que habilitou a Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda., julgo que há ensejo para que se assinale prazo para que a entidade adote as medidas necessárias para anular o ato de habilitação dessa empresa, excluindo-a do certame, tendo em vista a infração ao art. 3º, *caput* e § 14, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 3º, II, e 44 da LC 123/2006.

Ante o exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto a este colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de agosto de 2016.

Ministro BRUNO DANTAS
Relator

ACÓRDÃO Nº 2058/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 000.469/2016-5.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Responsável: Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda. (00.436.571/0001-73).
4. Órgão/Entidade: Hospital Federal Ipanema.
5. Relator: Ministro Bruno Dantas.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex-RJ).
8. Representação legal:
 - 8.1. Paulo Alves Rodrigues, representando Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda.
 - 8.2. Henrique Polastri Gomes Ferreira (OAB/MG 68846) e outros, representando Nutrisabor Assessoria e Alimentos Ltda.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada por Nutrisabor Assessoria e Alimentos Ltda. acerca de irregularidades na condução do pregão eletrônico 7/2015 do Hospital Federal de Ipanema.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

 - 9.1. conhecer da representação, com fulcro nos arts. 235 e 237, II, do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;
 - 9.2. declarar a inidoneidade de Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda., para participar, por 6 (seis) meses, de licitações da Administração Pública Federal, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992;
 - 9.3. com fulcro no art. 71, IX, da CF/1988, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, assinar o prazo de 15 (quinze) dias para que o Hospital Federal de Ipanema adote as medidas necessárias para anular o ato de habilitação de Alimensel Fornecedora de Alimentação & Serviços de Limpeza Ltda., excluindo-a do pregão eletrônico 7/2015, facultando-se, em caso de revogação da decisão judicial que suspendeu o certame, a retomada do processo licitatório à fase de análise das propostas, em razão da prática de procedimentos fraudulentos pela empresa para usufruir de benefícios aplicáveis às empresas de pequeno porte, os quais afrontaram os princípios licitatórios, principalmente o da isonomia e o da legalidade, o art. 3º, *caput* e § 14, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 3º, II, e 44 da Lei Complementar 123/2006, informando a esta Corte, no mesmo prazo, as medidas adotadas;
 - 9.4. remeter cópia deste acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam:
 - 9.4.1. ao Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, nos termos do art. 209, § 7º, do Regimento Interno do TCU, para ajuizamento das ações cabíveis;
 - 9.4.2. à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, para adoção das medidas oportunas;
 - 9.5. dar ciência deste acórdão, bem como do voto e do relatório que o acompanham, à representante;
 - 9.6. arquivar o presente processo.
10. Ata nº 31/2016 – Plenário.
11. Data da Sessão: 10/8/2016 – Extraordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2058-31/16-P.



13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Aroldo Cedraz (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, José Múcio Monteiro, Bruno Dantas (Relator) e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
AROLDO CEDRAZ
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BRUNO DANTAS
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
PAULO SOARES BUGARIN
Procurador-Geral