



Número 325

Sessões: 13, 14, 20 e 21 de junho de 2017

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

SUMÁRIO

Plenário

1. O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois à licitante cabe ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento.
2. Nas licitações para a contratação de serviços de agenciamento de viagens para voos regulares internacionais e domésticos, a aferição do empate relacionado ao direito de preferência para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 44 da LC 123/2006) deve considerar somente as comissões e adicionais recebidos pela agência na intermediação dos bilhetes e serviços, e não os valores a serem repassados às companhias aéreas.

PLENÁRIO

1. O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois à licitante cabe ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento.

O TCU apreciou embargos de declaração opostos por empresas que tiveram suas contas julgadas irregulares e foram condenadas ao pagamento de débitos e multas por meio de acórdão proferido pelo TCU, em sede de tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (Funasa) para apurar irregularidades verificadas na aquisição de medicamentos. Uma das empresas embargantes aduziu que *“sua proposta decorreu de ação de agentes públicos que participaram da elaboração do ato convocatório do Pregão Presencial 10/2006 e que a empresa observou os limites impostos pelo orçamento estimativo do edital, razão pela qual não haveria qualquer razão para eventual presunção da prática de sobrepreço.”* A empresa entendeu, assim, que *“inexistiria qualquer conduta dolosa ou culposa por ela praticada, sendo irrazoável sua condenação a devolver os valores ditos como superfaturados.”* O relator do processo esclareceu que o *“fato de a empresa não ter participado da elaboração do edital e do orçamento base da licitação ocorre em todos os casos em apuração no Tribunal, afinal tais atividades são atribuição exclusiva da Administração Pública. Nas hipóteses em que essa situação não é verificada, há ocorrência de ilícito de extrema gravidade, difícil de ser detectado sem meios próprios de investigação policial. Entretanto, isso não é relevante para o deslinde da matéria, uma vez que, como será demonstrado a seguir, cabia à licitante, sponte propria, cumprir a regra deduzida do art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, qual seja, ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado, independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento”*. Na mesma linha, o relator continuou sua argumentação: *“Ainda que a Administração, por meio de seus agentes, tenha incorrido em erro, ao definir, no Pregão Presencial 10/2006, um orçamento-base superestimado, a conduta da empresa contratada de propor preços acima dos valores de mercado constituiu ato ilícito, na medida em que infringiu o*



dever jurídico preceituado no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993. Tal comportamento foi concausa relevante do prejuízo causado ao erário, pois sem ele não teria havido o superfaturamento. Ainda que os preços ofertados pelas distribuidoras de medicamentos estivessem em consonância com os limites fixados no orçamento-base do certame, é de se ressaltar que, se por um lado orçamento estimativo da licitação serve de parâmetro para apreciação das propostas da licitação, por outro, torna-se necessário, para que haja atendimento ao critério legal previsto no art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, ou seja, que os preços praticados na licitação e no referido orçamento reflitam os paradigmas de mercado, caso contrário, caberá a responsabilização solidária da empresa contratada – beneficiária dos valores superestimados - com os agentes públicos que praticaram os atos irregulares. Embora o valor orçado pela administração se situe além dos preços praticados no mercado, o particular poderia ofertar proposta aderente aos valores de mercado.” O relator ressaltou ainda que “que os comandos da Lei 8.666/1993 se direcionam tanto ao agente público quanto ao privado, que renuncia em alguma medida ao ambiente de liberdade econômica que prevalece nos contratos privados.” Para fundamentar sua posição, o relator citou, inclusive, dois precedentes do STF: “recentemente o Supremo Tribunal Federal manteve condenação de ressarcimento ao erário imposta pelo TCU à empresa contratada pela Administração Pública. Tal decisão foi adotada no âmbito do Mandado de Segurança 29.599, impetrado por uma empreiteira com o objetivo de anular ato do Tribunal de Contas da União, o qual condenou a empresa a devolver valores ao erário em razão de superfaturamento de preços. Naquele julgado, a situação era análoga ao caso em apreciação, pois o particular alegava exatamente ter participado de regular processo licitatório, tendo cumprido todas as especificações do edital, inclusive com relação ao preço dos serviços a serem executados. Assim, a contratada entendia não haver nenhuma ilegalidade em sua conduta e que o TCU não possuía competência constitucional para promover alteração retroativa e unilateral dos preços, modificando cláusulas econômico-financeiras do contrato. Porém, ao contrário do que afirmara a construtora, entendeu o STF que ela não foi condenada a restituir os valores recebidos em razão da execução do contrato, mas a restituição aos cofres públicos da diferença dos valores em que se identificou o sobrepreço na forma calculada pelo TCU. É relevante citar também decisão monocrática do Ministro Luiz Fux no âmbito do MS 30.924, em que o consórcio contratado para executar obra de usina hidroelétrica buscava a anulação do item 9.4 do [Acórdão 2.234/2011](#) do Plenário do TCU, o qual teria determinado a retenção de parte do preço contratado entre o consórcio impetrante e a empresa Furnas Centrais Elétricas S.A. Entre outros pontos, a inicial do writ argumentava que o TCU não poderia interferir no conteúdo econômico-financeiro do contrato para impor unilateral e retroativamente os preços teóricos calculados pelos seus técnicos, inclusive com relação a serviços já executados e pagos. O pedido formulado foi denegado pelo relator, que entendeu não haver dúvidas de que o Tribunal de Contas pode exercer controle de economicidade de atos administrativos, sem que se possa vislumbrar nisso qualquer inconstitucionalidade. Ademais, foi reconhecido que o Tribunal de Contas pode determinar a retenção de valores contratados em sede cautelar, conforme o inciso IX do art. 71 da Lei Maior.” Ao final, o relator propôs o conhecimento dos embargos e o seu acolhimento parcial, pelo colegiado, para incorporar o § 2º do art. 16 da Lei 8.443/1992 como fundamento legal para a condenação solidária das empresas ao ressarcimento do débito, proposta acatada pelo Plenário.

Acórdão 1304/2017 Plenário, Embargos de Declaração, Relator Ministro Benjamin Zymler.

2. Nas licitações para a contratação de serviços de agenciamento de viagens para voos regulares internacionais e domésticos, a aferição do empate relacionado ao direito de preferência para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 44 da LC 123/2006) deve considerar somente as comissões e adicionais recebidos pela agência na intermediação dos bilhetes e serviços, e não os valores a serem repassados às companhias aéreas.

Representação formulada por licitante apontara possível ilegalidade, em pregão eletrônico promovido pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, destinado ao registro de preços de serviços de agenciamento de viagens, em vista do expurgo da base de cálculo do critério estabelecido no art. 44, § 2º, da Lei Complementar 123/2006 para aferição do direito de preferência de microempresas e empresas de pequeno porte. Sobre o assunto, anotou o relator que “os prestadores de serviço deste objeto específico são remunerados pelos serviços realizados e não pelos valores recebidos e repassados às companhias aéreas, motivo pelo qual os itens referentes aos repasses não são passíveis de lances dos licitantes”. Nesse sentido, a apuração do citado critério “deve estar adstrito ao valor global da taxa de agenciamento, já que os demais itens não compõem a receita da



agência, por se tratarem, repita-se, de repasses financeiros aos fornecedores”, não havendo, portanto, ilegalidade no procedimento adotado. Destacou ainda o relator que, a prevalecer o entendimento da representante em licitações da espécie, “não haveria concorrência entre empresas de portes econômicos diferenciados, uma vez que matematicamente as empresas que não usufruísem os benefícios concedidos pela LC 123/2006 estariam excluídas da disputa do certame, pois o percentual de 5% equivaleria a mais de 6 milhões de reais, ultrapassando em muito o valor estimado para o agenciamento, qual seja, R\$ 1.038.816,96”. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta do relator para considerar parcialmente procedente a representação, em face de outra ocorrência, sem prejuízo de se expedir recomendação ao ministério para que “verifique a oportunidade e a conveniência de promover alterações no Comprasnet de forma a viabilizar a desconsideração, para fins de aferição do direito de preferência da Lei Complementar 123/2006, de itens que apenas constituam repasse de recursos [...]” e “explicitamente em seus editais a regra de aferição do direito de preferência previsto na Lei Complementar 123/2006, quando for necessário o expurgo dos itens de repasse”.

Acórdão 1251/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Vital do Rêgo.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência – Secretaria das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br