

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 010.290/2009-6

Natureza: Pedido de reexame

Órgão: Ministério do Esporte

Recorrente: Sigma Dataserv Informática S.A. (77.166.098/0001-86)

Advogados constituídos nos autos: Fernando Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738) e Silvio Felipe Guidi (OAB/PR 36.503).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PAGAMENTOS INDEVIDOS NA EXECUÇÃO DE CONTRATO. EXPEDIÇÃO DE DETERMINAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DETERMINAÇÃO RECORRIDA. NEGATIVA DE PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto, como parte integrante deste relatório, a instrução produzida no âmbito da Secretaria de Recursos (Serur), pelo AUFC Daniel de Albuquerque Violato, vazada nos seguintes termos:

“INTRODUÇÃO

1. Trata-se de representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti) em face de possíveis irregularidades na Concorrência 1/2006 e no contrato dela decorrente, Contrato 11/2007, firmado pelo Ministério do Esporte (ME) e a empresa Sigma Dataserv Informática S.A., com vistas à prestação de serviços de consultoria, desenvolvimento e manutenção de sistemas aplicativos; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e bases de dados; suporte e help-desk.

HISTÓRICO

2. Após o desenvolvimento do processo, esta Corte decidiu, exarando o Acórdão 1.597/2010 - TCU - Plenário (peça 93, p. 73-78), no que interessa ao presente exame, expedir determinações ao Ministério do Esporte nos seguintes termos:

9.5. determinar ao Ministério do Esporte que, em atenção aos princípios da eficiência e da economicidade contidos no caput dos arts. 37 e 70 da Constituição Federal, encaminhe a este Tribunal, no prazo de trinta dias, comprovação das medidas adotadas para promover o devido ressarcimento ao Erário dos valores pagos indevidamente referentes às seguintes irregularidades:

9.5.1. custos com CPMF nos demonstrativos de formação de preço do contrato a partir de 1º/1/2008, uma vez que a cobrança desse tributo encerrou-se em 31/12/2007 (achado II.16);

9.5.2. incidência de alíquota de 13,3% (treze vírgula três por cento) como encargo de férias, quando, em princípio, o correto seria 11,11% (onze vírgula onze por cento), correspondente a 8,33% (oito vírgula trinta e três por cento) mais 2,78% (dois vírgula

setenta e oito por cento), considerando o afastamento de trinta dias a cada período de doze meses mais o abono de férias de um terço da remuneração (achado II.16);

9.5.3. incidência de alíquota de 8,5% (oito e meio por cento) relativa ao FGTS, uma vez que, de acordo com o § 2º do art. 2º da Lei Complementar 110/2001, o percentual do FGTS voltou ao patamar de 8% (oito por cento) a partir de 1º/1/2007 (achado II.16);

9.5.4. incidência em duplicidade do FGTS sobre o 13º salário, na medida em que esse item foi incluído no Grupo D "incidência do FGTS s/ 13º Salário" além do item "incidência do grupo A sobre os itens do grupo B", considerando que o FGTS está incluído no Grupo "A" e o 13º salário no Grupo "B" (achado II.16);

9.5.5. incidência dos percentuais de 0,20% (zero vírgula vinte por cento) e 2,95% (dois vírgula noventa e cinco por cento) para "Despesas Administrativas / Operacionais" e "Previsão de Lucro" sobre o Preço Mensal da Categoria de Serviço (Grupo II + Grupo III + Grupo IV + Grupo V + Grupo VI), em desacordo com o especificado no Anexo II do edital (Grupo V) que previa a incidência sobre o valor da mão de obra mais insumos (Grupo II + Grupo IV) (achado II.16);

9.5.6. diferença entre o montante pago para cada perfil profissional, com base em 176 horas, e o valor referente ao quantitativo de horas efetivamente trabalhadas, considerando os dias úteis de cada mês (achado II.18)

3. A sociedade Sigma Dataserv Informática S.A. interpôs pedido de reexame contra essa decisão, que foi conhecido e provido pelo Acórdão 523/2011 - TCU - Plenário (peça 97, p. 1), tornando insubsistente o acórdão anterior em virtude de falta de apreciação pelo relator a quo de requerimento da Sigma Dataserv Informática S.A. de apresentação de sustentação oral.

4. Nova decisão foi proferida, em termos análogos aos do Acórdão 1.597/2010 - TCU - Plenário, pelo Acórdão 2.759/2011 - TCU - Plenário (peça 97, página 125-127). Em essência, os pagamentos indevidos dizem respeito a:

a) custos com CPMF nos demonstrativos de formação de preço do contrato a partir de 1º/1/2008, uma vez que a cobrança desse tributo encerrou-se em 31/12/2007;

b) incidência de alíquota de 13,3% como encargo de férias, quando o correto seria 11,11%, correspondente a 8,33% mais 2,78%, considerando o afastamento de trinta dias a cada período de doze meses mais o abono de férias de um terço da remuneração;

c) incidência de alíquota de 8,5% relativa ao FGTS, uma vez que, de acordo com o § 2º do art. 2º da Lei Complementar 110/2001, o percentual do FGTS voltou ao patamar de 8% a partir de 1º/1/2007;

d) incidência em duplicidade do FGTS sobre o 13º salário, na medida em que esse item foi incluído no Grupo D "incidência do FGTS s/ 13º Salário" além do item "incidência do grupo A sobre os itens do grupo B", considerando que o FGTS está incluído no Grupo "A" e o 13º salário no Grupo "B";

e) incidência dos percentuais de 0,20% e 2,95% para "Despesas Administrativas/Operacionais" e "Previsão de Lucro" sobre o Preço Mensal da Categoria de Serviço (Grupo II + Grupo III + Grupo IV + Grupo V + Grupo VI), em desacordo com o especificado no Anexo II do edital (Grupo V) que previa a incidência sobre o valor da mão de obra mais insumos (Grupo II + Grupo IV);

f) diferença entre o montante pago para cada perfil profissional, com base em 176 horas, e o valor referente ao quantitativo de horas efetivamente trabalhadas, considerando os dias úteis de cada mês.

5. *A sociedade Sigma Dataserv Informática S.A. interpôs pedido de reexame contra esse último acórdão, cuja análise é feita a seguir.*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

6. *Anui-se ao exame preliminar realizado pela Serur (peça 104), ratificado por despacho do Exmo. Ministro-Relator José Jorge (peça 106), no sentido de conhecer do presente pedido de reexame com atribuição de efeito suspensivo aos itens 9.1 e 9.2 do Acórdão 2.759/2011 - TCU - Plenário.*

EXAME TÉCNICO

Argumento

7. *A recorrente alega que o Acórdão 1.435/2007 - TCU - 1ª Câmara teve por objeto o contrato e a licitação discutidos nestes autos, partindo de premissas e deliberações divergentes das do acórdão recorrido. Entende que isso caracteriza ofensa à coisa julgada, o que importa não poder haver decisão contrária ao que foi decidido no acórdão de 2007. Esclarece que esse acórdão exarou apenas orientações para casos futuros, sendo que o acórdão recorrido dá interpretação retroativa em sentido desfavorável a si, o que é vedado pela Lei 9.784/1999 (aplicável a esta Corte nos termos do MS 23.550/STF).*

Análise

8. *Não é possível acompanhar a recorrente. O mencionado acórdão foi proferido no bojo do TC 010.314/2007-3, que se restringiu ao exame do processo licitatório que antecedeu a celebração do contrato em pauta. Nenhuma das questões apuradas como irregulares no âmbito deste processo foi discutida naquele outro processo. Ou seja, em analogia ao processo civil, tem-se nos dois casos causas de impedir distintas. Dessa forma, não há como falar em coisa julgada por se tratar de diferentes “ações”.*

9. *Nessa esteira, não há como dizer que esteja havendo contradição entre os dois acórdãos com agravamento da situação da recorrente. Os dois acórdãos tratam de questões distintas. Isso prejudica a tese de que a decisão recorrida realiza interpretação retroativa em seu desfavor, de modo que não há porque fazer análise detida da alegação.*

Argumento

10. *A recorrente insurge-se contra o indeferimento de seu pedido de produção de prova pericial abordado nos itens 12 e seguintes do acórdão recorrido. Entende que o direito de defesa não é restrito à apresentação de documentos, e que o que de fato ficou configurado nos autos foi uma decisão amparada em premissas fáticas e matemáticas equivocadas, que só podem ser elucidadas por exame técnico e pericial. Entende que obter celeridade processual não é justificativa cabível para negar a produção de prova. Ainda, alega que o art. 162 no RITCU trata apenas da forma, a saber, escrita, de que devem ser revestidas as provas apresentadas perante esta Corte e não do momento processual de sua produção. Acrescenta considerações doutrinárias sobre processos administrativos, e especifica o art. 38 da Lei 9.784/1999, no sentido de que a produção de provas deve ocorrer em fase própria de instrução (anterior à decisão) e de que todas as provas pertinentes devem poder ser produzidas e ser analisadas. Adita que o direito de produzir provas envolve indicar e ouvir testemunhas, requerer e ver efetivadas as provas e produzir alegações. Ainda, traz jurisprudência segundo a qual o indeferimento de prova caracteriza cerceamento de defesa.*

Análise

11. *Não houve propriamente indeferimento de pedido de produção de provas. A ora recorrente teve diversas oportunidades para manifestar-se nos autos. Pronunciou-se em 7/12/2009*

(peça 64), interpôs recurso em 13/8/2010 (peça 74, página 5 a peça 75, p. 37), veio aos autos em 12/4/2011 (peça 97, p. 5-14) e apresentou o recurso que ora se examina em 25/11/2011 (peça 102). Ao longo desse alongado período, furtou-se a apresentar a prova pericial que considera indispensável ao deslinde do que se discute nestes autos. Assim, a prova não foi produzida não por força de indeferimento, mas por falta de iniciativa da própria parte.

12. Disso resulta que não foi para obter celeridade processual que a prova não foi produzida, mas de inércia da ora recorrente por longo período.

13. O mencionado art. 162 do RITCU efetivamente não trata explicitamente do momento da produção de provas. No entanto, é com base nele que se determina o momento de exercício dessa faculdade processual. Isso porque o art. 160, § 1º, do mesmo normativo, estabelece que novos documentos podem ser juntados até o término da etapa de instrução (momento em que o titular da unidade técnica emitir seu parecer conclusivo, art. 160, § 2º). Ora, se só se admite prova documental, tem-se que a produção probatória estende-se até o final da etapa de instrução.

14. A par disso, esta Corte é bastante complacente quanto à apresentação de novos elementos. Não é raro examina-los mesmo quando apresentados após o prazo estabelecido pelo art. 160, § 1º, do RITCU. Como visto acima, a ora recorrente teve diversas oportunidades para trazer a prova pretendida sem que o tenha feito. Assim, nem mesmo o formalismo moderado com que se trata o momento de produção de provas perante esta Corte, em que se afasta dispositivo específico que regula os processos que tramitam neste Tribunal em favor das partes, serviu para que a recorrente fizesse a prova que julga tão importante.

15. Acerca do disposto na Lei 9.784/1999, tem-se que seu art. 38 não se aplica aos processos que tramitam nesta Corte. Como visto acima, há regra específica para a instrução desses processos. O art. 69 daquela lei é expresso em que sua aplicação é subsidiária em relação a processos administrativos com disciplina específica. Isso importa em que apenas quando não há regra expressa para determinado tipo de processo tem-se a incidência de sua regulamentação. Frise-se, esta Corte tem dispositivo específico sobre instrução processual.

16. Quanto ao direito de produzir provas, envolver, indicar e ouvir testemunhas, tem-se que o já referido art. 162, do RITCU, não admite esta faculdade nos processos que tramitam neste Tribunal. Sobre requerer e ver efetivadas provas e produzir alegações, tem-se que a prova pericial em comento não foi produzida por falta de iniciativa da própria parte, como visto acima, por força do que não cabe falar em cerceamento de defesa (mas sim em falta de exercício da faculdade de se defender).

Argumento

17. A recorrente assere que o acórdão recorrido determina a modificação de sua remuneração, modificando a situação econômico-financeira do contrato, a qual deve ser inalterável. Justifica que, não fosse assim, a licitação seria inútil. Ainda, aponta que o art. 58, § 1º, da Lei 8.666/1993, e o art. 37, inciso XXI, da CF/1988, consagram que somente fato superveniente hábil a provocar o rompimento da equação econômico-financeira pode ensejar tal alteração, sendo que não houve essa superveniência. Acrescenta que a licitação teve como critério de seleção de proposta o menor preço total por item, sendo que a discriminação de valores em planilha não serviu como parâmetro para a seleção da proposta de preço, destinando-se apenas a prestar informações sobre a formação dos preços com vistas à aferição de exequibilidade das propostas (sendo que a própria terminologia utilizada no edital, ao se referir a Planilha de apoio para a formação de preços, atesta a função meramente secundária desse instrumento). Ou seja, a recorrente entende que o que importa para a seleção das propostas é o preço final completo, e não as parcelas que o formam. Invoca a Decisão 577/2001 - TCU - Plenário como reconhecendo a importância do preço final no sentido da tese que defende. Ainda, ilustra sua tese com o caso em

que a licitante estima o custo a menor, situação em que deveria haver revisão do preço em benefício da contratada, concluindo que situações como tais tornam de todo inútil o certame licitatório. Acrescenta que não está defendendo que a planilha não tem qualquer relevância, sendo importante para a aferição da exequibilidade e para evitar o jogo de planilhas, mas não para alterar o preço contratado. Complementa dizendo que a alteração nos custos unitários deve acontecer, no máximo, no âmbito do certame, uma vez que traz impacto para a proposta e para a concorrência com as outras propostas.

Análise

18. *A situação econômico-financeira do contrato deve ser inalterável apenas no caso em que ele tenha tido regular processo de formação. Não fosse assim, o controle exercido por esta Corte não poderia ter a efetividade devida. Ilustra-se isso com o exemplo extremo em que é celebrado contrato fraudulento com sobrepreço, o qual não poderia ser revisto por força de já estar consumado.*

19. *A possibilidade de alterar disposições contratuais para adequá-las ao ordenamento jurídico não torna inútil o processo licitatório. Antes, esse processo é vocacionado a prevenir referida inadequação e possibilitar que, caso tenha ocorrido, seja corrigida. Ou seja, sobre o prisma do controle, a utilidade da licitação é justamente a de possibilitar o exame da adequação do contrato ao ordenamento jurídico.*

20. *O art. 58, § 1º, da Lei 8.666/1993, efetivamente estabelece que as cláusulas econômico-financeiras do contrato só podem ser alteradas com prévia concordância do contratado. Esse dispositivo, no entanto, aplica-se aos casos em que o contrato tenha sido regularmente formado. Havendo vício no processo de formação, o controle deve incidir para promover a adequação necessária. A mesma análise é pertinente para o art. 37, inciso XXI, da CF/1988.*

21. *Não se pode acolher a tese de que a discriminação em planilha de valores dos itens a serem contratados tenha a mera função de permitir a aferição da exequibilidade da proposta e para evitar o jogo de planilhas. Consoante exposto no art. 884 do Código Civil, a aferição de vantagens econômicas deve decorrer de justa causa. A referida planilha permite saber se o preço proposto para cada um dos itens está estabelecido em conformidade com justa causa. Essa é importante função da discriminação de valores para os itens de despesa específicos.*

22. *É inadmissível que o edital elabore minudente conjunto de regras para a formação dos preços de cada um dos itens contratados com finalidade meramente acessória, secundária. Deve-se ter em conta que essas regras detalhadas são importantes para assegurar que o próprio preço apresentado seja tido como justo para fins do disposto no art. 884 do Código Civil.*

23. *Ainda que a planilha efetivamente seja denominada de apoio para a formação de preços (peça 1, p. 42), não se pode concluir daí que sua função seja secundária a ponto de afastar essa função de verificação da justa causa do preço a respeito de cada item a respeito dos quais a licitante pretende receber remuneração.*

24. *O preço global efetivamente é o que importa para o julgamento das propostas. No entanto, isso não autoriza que, a título de poder oferecer preço global em valor mais interessante para a Administração do que a das concorrentes no certame, uma licitante apresente preços para determinados itens que não sejam os preços justos. Isso, até porque, do ajuste de um preço fixado em valor superior ao devido resultaria valor ainda mais vantajoso para a Administração.*

25. *A Decisão 577/2001 - TCU - Plenário não apresenta o teor invocado pela recorrente. Com efeito, extrai-se da seguinte passagem:*

c) também não existe o risco de incorporar ao contrato um valor superior ao que seria o justo, caso o proponente informe uma alíquota ou valor acima do devido. Primeiro,

*porque a proposta é submetida a uma competição na qual ela já entraria em nítida desvantagem se contivesse tal equívoco. Não se pode esquecer que entre as várias ofertas só uma - a mais vantajosa - será escolhida. E depois, porque a **Administração tem, ou precisa ter, os preços de mercado para balizar seu julgamento. Desse referencial de "preço justo" ela não pode se afastar, em hipóteses de contratação como as aqui discutidas;** (grifo acrescido).*

26. *Ou seja, existe realmente a consideração de que o preço global é o que importa para o julgamento da proposta. No entanto, isso não autoriza que seja contratada proposta que ofenda o preço justo.*

27. *A previsão de preço em valor inferior não enseja revisão do contrato. Em casos como esse, assume-se que a licitante tenha acesso privilegiado ao item específico do contrato que se pretende firmar. Tanto é assim que, no edital em tela, em seu item 8.4 (peça 1, p. 10), parte final, está discriminado que, quanto a erros, equívocos e omissões na cotação de preço, não cabe à proponente "em caso de erro para menos, eximir-se do fornecimento do objeto da presente licitação". Mais uma vez, assim, não se infere inutilidade do certame.*

28. *Também não procede que apenas durante o certame é possível haver alteração nos custos unitários. Para fins de controle, como mencionado nos itens 18-20 deste exame, é possível que a alteração seja posterior ao certame e até ao contrato. Ao discriminar determinado valor por item, a licitante deve estar certa de que esse valor não apresenta sobrepreço. É apenas com essa condição que se compromete a executar o contrato com o referido preço. Não sendo assim, deve haver a adequação do preço do item ao justo. Sendo o controle realizado posterior ao certame, a revisão dele decorrente também deve lhe ser posterior.*

Argumento

29. *A recorrente afirma que os subitens 9.1.1.1, 9.1.1.2, 9.1.1.3, 9.1.1.4, 9.1.1.5, 9.1.1.6, 9.1.1 e 9.1.2 do acórdão recorrido apóiam-se na premissa de que as cláusulas econômicas do contrato não podem ser revistas quando se está diante de irregularidade na composição de custos para a proposta da licitante contratada. Entende que há aí contradição com o Acórdão 1.435/2007 - TCU - 1ª Câmara, que entendeu dever a contratada arcar com os ônus dos erros no preenchimento da planilha, importando apenas o preço global aferido na licitação. Explicita que o subitem 8.2.4 do edital (juntamente com o item 8.4) é expresso em que o erro na indicação de custos e despesas para a formação do preço é de inteira responsabilidade do licitante. Acrescenta que, nos termos da IN/SLTI/MPOG 2/2008, em seus arts. 23, 29, § 2º, e 29-A, § 3º, a estipulação dos custos a responsabilidade é da licitante, sendo vedado ao órgão fazer ingerências nas formações de preços privados. Nessa seara, complementa dizendo que a estipulação a maior não é vedada, mas apenas prejudica a competitividade da proposta do licitante.*

Análise

30. *Por força das considerações dispostas nos itens 18-22 deste exame, não cabe falar em vedação a alteração do contrato no caso em que os preços fixados para determinados itens não tenham sido os preços justos para eles. Quanto ao Acórdão 1.435/2007 - TCU - 1ª Câmara, tem-se que a alegação a ele referente não enseja alteração na deliberação recorrida por força das considerações dos itens 8-9 deste exame.*

31. *Sobre a responsabilidade pela marcação errônea nas cotações de preços apresentadas como proposta, uma vez que o subitem 8.2.4 (peça 1, p. 9) trata apenas da forma de apresentação da proposta, tem-se como cláusula editalícia mais pertinente para a matéria o item 8.4 do edital (peça 1, p. 10), que tem a seguinte redação:*

8.4 Não serão admitidos cancelamentos, retificações de preço ou alterações nas condições estabelecidas, uma vez abertas as propostas. Os erros, equívocos e omissões havidos nas cotações de preços serão de inteira responsabilidade do proponente, não lhe cabendo, no caso de erro para mais e conseqüente desclassificação, qualquer recurso, nem tampouco, em caso de erro para menos, eximir-se do fornecimento do objeto da presente licitação.

32. Da leitura dessa passagem extrai-se que a referida responsabilidade é disposta apenas para fins de licitação, e não para validade do preço para fins de contrato. Tal decorre de a consequência prevista nesse item do edital para o caso de marcação no preço a maior importar apenas na desclassificação do certame. Por força das considerações dos itens 21-22 deste exame, não cabe falar em manutenção de preço distinto do justo para os itens específicos contidos na proposta de preço.

33. O dispositivos da IN/SLTI/MPOG 2/2008 invocados pela recorrente não a socorrem. O art. 23 diz respeito a equívoco no dimensionamento dos quantitativos da propostas, que não é o de que se trata no caso concreto. Já os demais dispositivos tratam de exequibilidade da proposta. Além de também não ser o que se discute neste momento, deve-se averbar que, como visto no item 21 deste exame, não se pode aceitar que a apresentação da planilha de composição de preços tem a mera função de aferir a exequibilidade da proposta.

Argumento

34. A recorrente alega que sua proposta foi em mais de R\$ 520.000,00 inferior à da segunda colocada no certame. Esclarece que o valor foi tão baixo que outro licitante apontou sua inexecuibilidade, a qual foi afastada pela planilha de apoio para a formação de preços - referendada judicialmente no âmbito do processo 2007.34.00.010440-0, da Justiça Federal/DF.

Análise

35. O valor global da proposta não foi discutido para efeitos da determinação combatida. E, ainda que tenha sido bastante vantajoso para a Administração, como visto nos itens 21-22 deste exame, tal não elide que o valor de cada um dos itens contratados esteja com o preço justo, até porque o valor resultante dessa adequação seria ainda mais vantajoso para a Administração.

36. Em pesquisa ao **site** do TRF da 1ª Região, não se extrai que houve ratificação judicial da planilha de apoio para a formação de preços. Antes, constata-se que em 21/8/2008 foi proferida sentença sem exame do mérito por desistência da ação, que foi homologada. Não se verifica posterior exame de mérito.

Argumento

37. A recorrente afirma que os preços das propostas não podem ser expressos em percentuais. Justifica dizendo que o art. 5º, da Lei 8.666/1993, determina que os preços devem ser expressos em moeda corrente nacional. Acrescenta que a associação a percentuais presta-se apenas à manutenção de equilíbrio econômico-financeiro. Adita que deve predominar a expressão em moeda sobre a em percentual.

Análise

38. O fato de a proposta dever ser apresentada em moeda corrente nacional não afasta qualquer expressão sua em percentual. A explicitação de algum valor em termos percentuais deve incidir sobre algum valor expresso em moeda corrente nacional, sobre cuja incidência resultaria outro valor em moeda corrente nacional. Assim, o argumento não enseja modificação na deliberação recorrida. Averbese-se, ainda, que não se pode aceitar que a discriminação de preços, seja em percentual ou em valor expresso em moeda corrente, tenha a mera função de preservar o equilíbrio econômico-financeiro. Isso, por força das considerações do item 21 deste exame.

Argumento

39. A recorrente assere que não é cabível a revisão do percentual de 13,3% para o de 11,11% relativa a encargo de férias. Justifica dizendo que o erro na indicação de um custo não pode importar revisão no seu preço, uma vez que não configura critério para seleção da melhor proposta, sendo questão secundária e meramente estimativa. Acrescenta que a proporção de 11,11% não leva em conta outros custos incidentes no item a que se refere, tendo previsto valor superior a esse por contemplar a possibilidade de venda de férias pelos empregados e a possibilidade de o funcionário vir a gozar férias fora do período regular (em que se paga as férias em dobro, nos termos do art. 137 da CLT e da Súmula 81 do TST) - situações que implicam despesa a maior. Diz que essa falta de rigidez para a indicação do percentual é decorrente de se dever considerar a realidade econômico-financeira de cada licitante. Nisso, julga-se amparada pelas cláusulas 10.2.3 e 24.8 do Edital 1/2006.

Análise

40. A revisão do encargo de férias decorrente da determinação recorrida é devida ao fato de que o gasto com o respectivo item não está conforme ao ordenamento jurídico, e não para correção de erro no preenchimento da proposta. Não se admite o caráter meramente estimativo do gasto com encargo de férias. Antes, conforme a análise dos itens 21-22 deste exame, trata-se de expediente para aferir se os valores referentes a remuneração da ora recorrente estão pautados em justa causa.

41. A possibilidade de o empregado solicitar conversão em pecúnia de um terço do período de férias não pode ensejar majoração do valor apresentado como referência para pagamento de encargos com férias. Isso porque o empregado continuará prestando serviço ao custo de remuneração ordinária. Ou seja, não deverá haver nova despesa para cobrir a necessidade do serviço com outro profissional ao longo do período em que as férias foram convertidas.

42. O fato de as férias deverem ser pagas em dobro caso não usufruídas em período regular também não pode ensejar aumento no percentual destinado ao pagamento de encargos com férias. O empregado não tem direito subjetivo a gozar férias fora desse período. Considerando que as férias são concedidas por ato do empregador (art. 134 da CLT) e que a época da concessão é a que melhor atende aos interesses do empregador (art.136 da CLT), eventual remuneração em dobro decorreria de atender aos interesses da ora recorrente, não estando ela autorizada a cobrar da Administração remuneração por essa faculdade sua.

43. De acordo com análise constante de peça 92, p. 38, o pagamento de encargos de férias tem a função de cobrir as despesas realizadas sem a correspondente prestação de serviços e o adicional de 1/3 que deve incidir sobre a remuneração na ocasião de gozo de férias. Não há, portanto, que se falar em rigidez para considerar a realidade econômico-financeira cada licitante. Ora, os valores percentuais são iguais para todas elas.

44. O subitem 10.2.3 do edital (peça 1, p. 12) estabelece que as licitantes devem apresentar propostas de modo uniforme em relação ao disposto no edital. Nada há nisso que diga respeito a considerar a realidade específica de cada licitante. O item 24.8 (peça 1, página 20) concerne a desatendimento de exigências formais, em nada tendo a ver com consideração da realidade econômico-financeira peculiar a cada licitante.

Argumento

45. Sobre a questão da incidência em duplicidade do FGTS sobre o décimo terceiro salário, a recorrente pede que se examine à luz das já mencionadas alegações de que o valor do contrato não pode ser revisado sem fatos supervenientes no tocante ao art. 58, § 1º, da Lei

8.666/1993, ao resultado de inutilidade da licitação para o caso de haver tal alteração e ao disposto nos subitens 8.2.4 e 8.4 do edital do certame em pauta.

Análise

46. *Aqui não há nada de novo a se acrescentar. A imutabilidade nas cláusulas econômico-financeiras estabelecidas pelo art. 58, 1º, da Lei 8.666/1993, foi tratada no item 20 deste exame, cabendo perfeitamente naqueles termos para a análise deste argumento. Situação análoga é a da inutilidade da licitação, tratada nos itens 19 e 27 deste exame, e a dos mencionados itens do edital, tratada no item 31 deste exame.*

Argumento

47. *Sobre as despesas administrativas/operacionais e a previsão de lucro, a recorrente alega que a questão foi julgada pelo Acórdão 1.435/2007 - TCU - 1ª Câmara, e que não se pode falar em alteração por força do disposto no art. 58, § 1º, da Lei 8.666/1993. Frisa, ainda, que a remuneração contratual que esperava é a pautada pelo exato preço que venceu licitação, não sendo cabível falar em desconformidade. Adita que a apresentação desses itens da proposta nos percentuais específicos não causam impacto sobre o valor final da proposta, que permanece rígido e inalterado. Acrescenta que a questão foi convalidada pela Comissão de Licitação e por esta Corte no Acórdão 1.435/2007 - TCU - 1ª Câmara, estando tal convalidação amparada pelo art. 55 da Lei 9.784/1999. Ainda, diz que a retificação pela Comissão de Licitação ocorreu nos termos editalícios (itens 10.2.3 e 24.8). Diante dessa convalidação, entende que não se pode agora promover alteração no contrato por força do aperfeiçoamento da equação econômico-financeira.*

Análise

48. *Sobre o suposto julgamento pelo Acórdão 1.435/2007 - TCU - 1ª Câmara, nada a acrescentar a análise feita nos itens 8-9 deste exame. A situação é a mesma quanto ao caso do art. 58, § 1º, da Lei 8.666/1993, que foi analisado no item 20 deste exame.*

49. *Já sobre o cálculo do preço, há que se fazer as seguintes ponderações. Consoante discriminando no Grupo V da Planilha de Apoio para a Formação de Preços - PFP -, o percentual de despesas administrativas/operacionais deve incidir apenas sobre mão-de-obra (Grupo II) e insumos (Grupo IV). Pelo que se vê nas planilhas apresentadas pela ora recorrente (peça 91, página 5-20), essa não foi a sistemática adotada. Ilustrativamente, toma-se a primeira dessas planilhas. O valor relativo a mão-de-obra soma R\$ 7.000,00, e os insumos R\$ 192,10. A licitante discriminou o percentual de 0,2% para despesas administrativas/operacionais. O valor resultante deveria ser o de R\$ 14,38 ($R\$7.000,00 \times 0,2\%$) e não os R\$ 24,80 indicados. O caso é análogo nas demais planilhas.*

50. *Assim, tem-se que a formação de seu preço ocorreu em desconformidade com as regras estabelecidas no edital. Se a causa para remuneração de despesas administrativas/operacionais indicada pela ora recorrente foi a de 0,2%, o fato de o valor estar incidindo tomar por base grupos não contemplados nas regras editalícias causa maior ônus do que o discriminado como justo por si. Ou seja, houve formação de preço de forma irregular, ensejando revisão do contrato para se adequar ao que ela mesma estabeleceu. Essa situação deve ser considerada especialmente à luz do disposto no item 22 deste exame.*

51. *O dispositivo da Lei 9.784/1999 estabelece: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretar lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. O que se discute neste argumento atribui à Administração ônus pecuniário superior ao que resultaria de o preço indicado ter seguido as regra estabelecida no edital. Essa maior remuneração ofende o interesse público*

pelo fato de que a Administração poderia obter o mesmo benefício a menor custo. Portanto, não cabe falar em convalidação do ato.

52. O fato de a Comissão de Licitação não ter atentado para a formação do preço em desconformidade com as regras estabelecidas para tanto não importa convalidação do ato. O fato de apenas em sede de controle posterior ter-se constatado que o preço formado não seguiu as regras editalícias não impede a revisão do preço feito por esta Corte, como visto nos itens 18-22 deste exame.

Argumento

53. Sobre a diferença entre o montante pago para cada perfil profissional, com base em 176 horas, e o valor referente ao quantitativo de horas efetivamente trabalhadas, considerando os dias úteis de cada mês, a recorrente alega que o pagamento calculado sobre as horas efetivamente trabalhadas não é condizente com a disciplina estabelecida pelo edital. Acrescenta que o quadro das regras do certame indica que a forma de cobrança seria feita por valor certo a cada mês, segundo sistemática em que o pagamento efetivamente deve ser feito com base nas 176 horas por mês. Adita que, a par de haver a necessidade de indicação de preço por hora/homem, havia a de indicar valores fechados por mês e por ano. Diz que tal também é o caso pelo disposto na tabela da página 27 do edital, em cujas colunas há o número 176. Entende que disso se infere que, ainda que o cálculo em questão tratasse de mera estimativa, era segundo essa metodologia que as propostas deveriam ser apresentadas, e, estando vinculada aos termos do edital, não poderia apresentar proposta em termos divergentes, pois estaria, nesse caso, fadada a desclassificação. Complementa dizendo que o salário dos contratados é pago em valor fechado por mês por força de Convenção Coletiva da categoria, que os trata como mensalistas conforme cláusula quinta. Acrescenta que se as cobranças fossem feitas com base na quantidade efetiva de dias úteis em cada mês, haveria prejuízo significativo a si, uma vez que continuaria tendo de pagar valor fixo. Diz que se a sistemática instituída pelo edital fosse com base nas horas efetivamente trabalhadas, as propostas teriam valores mais altos para compensar esse prejuízo potencial. Acrescenta que a única parcela da remuneração dos contratados com o volume de horas de serviços prestados ao longo do mês é a que diz respeito a vales refeição e transporte, do que resulta diferença ínfima em apenas alguns casos. Infere daí que não se pode falar em prejuízo para o ministério, e que, por isso, é descabido falar em nulidade por falta de prejuízo (pas de nullité sans grief). Adita que, pela premissa da remuneração por horas mensais variáveis, ter-se-ia a impossibilidade do objeto do negócio jurídico, acarretando sua nulidade nos termos do art. 104, inciso II, do Código Civil. Isso porque o total de dias úteis do ano seria de aproximadamente 250 e, sendo a jornada diária máxima de 8 horas por profissional, nos termos do art. 7º, inciso XIII, da CF/1988, não se poderia chegar às 2.112 horas estimadas por profissional no instrumento convocatório. Entende que, daí, teria direito a indenização, nos termos do art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. Ainda a esse respeito, a recorrente alega que a fixação do valor/hora não diz respeito à sua remuneração, mas, consoante se extrai do item 5 do edital (páginas 22-23), é o da fixação de remuneração das horas extras, e não do serviço ordinário. Acrescenta que, de todo o exposto, extrai-se que atuou de boa-fé, respeitando os termos estipulados no contrato, que devem ser os vigentes sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da contratante.

Análise

54. Ao contrário do que alega a recorrente, o pagamento por horas efetivamente trabalhadas é sim condizente com a disciplina estabelecida pelo edital. Com efeito, extrai-se da peça 1, p. 33, que o pagamento deve ser feito com base na apuração dos serviços efetivamente realizados (itens 13.1, 13.1.1 e 13.1.2).

55. Os quadros de peça 1, p. 31 e 35 efetivamente tomam por base as 176 horas por mês. No entanto, há de se ressaltar que esses valores são meramente estimativos, como consta

expressamente dos termos dos próprios quadros. Em conjunto com a consideração imediatamente acima, tem-se que o edital estabelece o pagamento por serviço prestado e apenas estima o número de horas em que deve haver esta prestação.

56. *Disso extrai-se que não decorre da disciplina estabelecida pelo edital que a proposta tenha que ser elaborada na perspectiva de que serão pagos valores com base nas 176 horas. Ainda, não haveria desclassificação da proposta. Essa deveria ser apresentada com base na expectativa da demanda da Administração, sendo as 176 horas por mês apenas referência para determinar essa expectativa.*

57. *A necessidade de ter os empregados em regime mensalista não repercute no contrato em exame. A contratada deve ter empregados sob esse regime em seus próprios quadros. No entanto, a Administração não deve arcar com esse ônus. A ela interessa apenas que os serviços sejam prestados. A ora recorrente deveria disponibilizar tantos de seus empregados mensalistas quantos necessários para cumprir o contrato. A relação jurídica entre a ora recorrente e seus empregados é meramente acessória para cumprimento do contrato em comento.*

58. *A necessidade de pagar valor fixo para os empregados mensalistas não necessariamente acarreta prejuízo à ora recorrente. Antes, os mesmos empregados podem ser utilizados para outras finalidades de interesse empresarial da ora recorrente sempre que desnecessária a alocação desses profissionais para atender à demanda exclusiva do contrato de que tratam estes autos.*

59. *O edital efetivamente previu o pagamento por serviços prestados, conforme a análise do item 54 deste exame. Se a ora recorrente não captou essa disciplina e, incidindo em erro, estabeleceu preço abaixo do que considera justo pagar, deve arcar com essa responsabilidade, por força do item 8.4 do edital, transcrito no item 31 deste exame.*

60. *Novamente, o edital previu que todos os serviços tivessem o pagamento variável em função de sua efetiva prestação como visto no item 54 deste exame. Assim, não é correto dizer que apenas vales refeição e transporte deveriam ser pagos segundo sistemática variável.*

61. *Há que se falar em prejuízo para a Administração no caso de que os pagamentos tenham sido feitos em razão maior do que a dos serviços efetivamente prestados. Frise-se que a determinação combatida só tem efeitos de ressarcimento no caso de haver esse pagamento a maior. Em todo caso, o princípio de que não há nulidade sem prejuízo vige no âmbito do direito processual, não se aplicando no sentido pretendido pela recorrente.*

62. *Não existe a nulidade por impossibilidade de execução do objeto contratual. O valor de 2.112 horas anuais é meramente estimativo, como visto no item 55 deste exame. Não é considerada objeto descumprido a falta de realização de valor estimado. Assim, não se pode falar em indenização decorrente do art. 59, da Lei 8.666/1993.*

63. *Efetivamente não cabe falar em o valor de 176 horas ser fixado como parâmetro para remuneração da contratada. O parâmetro é meramente estimativo, e sua remuneração deve depender dos serviços efetivamente prestados, como visto nos itens 54-55 deste exame.*

64. *Por fim, o ressarcimento determinado não implica enriquecimento sem causa da Administração. O eventual pagamento superior ao dos serviços prestados contraria a disciplina do edital e, conseqüentemente, do contrato firmado. A remuneração feita fora dessa disciplina é que caracteriza enriquecimento sem causa, uma vez que ela é que estabelece a justa causa para a remuneração.*

Argumento

65. *A recorrente afirma que não se pode falar em irregularidade na remuneração percebida porque tal foi baseada em processo licitatório sem máculas, com duração de 14 meses e*

em que houve amplo debate de sua regularidade, em âmbito judicial e administrativo. Acrescenta que seu preço foi 17% abaixo do fixado no edital e 15% abaixo da classificada em segundo lugar. Adita que foi prejudicada por força de defasagem dos preços em decorrência da demora no certame. Faz notar que seus pedidos de reequilíbrio contratual ainda não foram apreciados pelo ministério.

Análise

66. *Nenhuma dessas alegações enfrenta os fundamentos da determinação recorrida, razão pela qual não merecem análise detida.*

Argumento

67. *A recorrente entende ser cabível a mudança no critério de sua remuneração, mas desde que sejam respeitados seus direitos. Acrescenta que, por força do art. 65, inciso II, alíneas “b” e “c”, da Lei 8.666/1993, essa mudança não pode ser feita de forma unilateral, mas apenas por acordo entre as partes. Adita que tal também decorre do art. 58, § 1º, do mesmo diploma legal.*

Análise

68. *A mudança no critério da remuneração decorrente da determinação combatida não faz mais do que estabelecer que os pagamentos sejam feitos em conformidade com as regras estabelecidas para tanto. Assim, não cabe falar em mudança de critério que desrespeite os direitos da ora recorrente. Como as mudanças não fazem mais do que determinar o cumprimento do ordenamento jurídico, não há que se falar em assentimento da ora recorrente para que sejam implementadas.*

CONCLUSÃO

69. *A recorrente não apresenta nenhuma razão que caracterize a determinação recorrida como viciada em qualquer sentido. Permanece cabível a restituição dos valores porquanto a sistemática encontrada não está de acordo com as regras estabelecidas para o pagamento. Assim, o recurso não enseja alteração na decisão recorrida.*

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

70. *Após a prolação do acórdão recorrido, foi juntada aos autos instrução (peça 97, p. 233-239) que concluiu pela realização de audiência do Sr. José Lincoln Daemon. Também foi posta nos autos manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério do Esporte (peça 97, p. 246-249) em resposta ao ofício desta Corte de peça 97, p. 218.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

71. *Diante do exposto, encaminham-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) conhecer do presente pedido de reexame, com base no art. 48, da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se inalteradas as disposições do Acórdão 2.759/2011 - TCU – Plenário;

b) dar ciência da decisão que vier a ser proferida à recorrente e a demais interessados.”

2. O dirigente da Serur manifestou-se de acordo com a instrução.
É o relatório.

VOTO

Trata-se de pedido de reexame interposto pela empresa Sigma Dataserv Informática S.A. contra os itens 9.1 e 9.2 do Acórdão nº 2759/2011-Plenário, os quais apresentam o seguinte teor:

“9.1. com fundamento no art. 45 da Lei 8.443/92, determinar ao Ministério do Esporte que, no prazo de 30 dias a contar da ciência, dê cumprimento aos princípios da eficiência e da economicidade, contidos no caput dos arts. 37 e 70 da Constituição Federal, bem como ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório estatuído pelo art. 3º, caput, da Lei 8.666/93, adotando as seguintes providências referentes ao Contrato 011/2007:

9.1.1. faça cessar os pagamentos relativos às seguintes irregularidades:

9.1.1.1. custos com CPMF nos demonstrativos de formação de preço do contrato a partir de 1º/1/2008, uma vez que a cobrança desse tributo encerrou-se em 31/12/2007;

9.1.1.2. incidência de alíquota de 13,3% como encargo de férias, quando o correto seria 11,11%, correspondente a 8,33% mais 2,78%, considerando o afastamento de trinta dias a cada período de doze meses mais o abono de férias de um terço da remuneração;

9.1.1.3. incidência de alíquota de 8,5% relativa ao FGTS, uma vez que, de acordo com o § 2º do art. 2º da Lei Complementar 110/2001, o percentual do FGTS voltou ao patamar de 8% a partir de 1º/1/2007;

9.1.1.4. incidência em duplicidade do FGTS sobre o 13º salário, na medida em que esse item foi incluído no Grupo D ‘incidência do FGTS s/ 13º Salário’ além do item ‘incidência do grupo A sobre os itens do grupo B’, considerando que o FGTS está incluído no Grupo ‘A’ e o 13º salário no Grupo ‘B’;

9.1.1.5. incidência dos percentuais de 0,20% e 2,95% para ‘Despesas Administrativas/Operacionais’ e ‘Previsão de Lucro’, respectivamente, sobre o Preço Mensal da Categoria de Serviço (Grupo II + Grupo III + Grupo IV + Grupo V + Grupo VI), em desacordo com o especificado no Anexo II do edital (Grupo V), que previa a incidência sobre o valor da mão de obra mais insumos (Grupo II + Grupo IV);

9.1.1.6. diferença entre o montante pago para cada perfil profissional, com base em 176 horas, e o valor referente ao quantitativo de horas efetivamente trabalhadas, considerando os dias úteis de cada mês;

9.1.2. efetue o levantamento dos valores indevidamente pagos à contratada em decorrência das parcelas referidas no item 9.1.1. retro, bem como das parcelas efetivamente retidas, durante toda a execução contratual;

9.1.3. elabore plano de ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contendo o cronograma das retenções a serem efetuadas nos próximos pagamentos à conta do contrato, bem como de outras medidas consideradas necessárias, a fim de promover o ressarcimento ao erário do saldo dos valores pagos indevidamente consoante especificado no item 9.1.2 deste acórdão, detalhando, para cada mês, o valor previsto para ser retido, sem olvidar-se da possibilidade de retenção da garantia contratual prevista no art. 56 da Lei 8.666/93;

9.1.4. promova as retenções conforme constante do plano de ação;

9.2. determinar ao Ministério do Esporte que, no prazo de 15 dias a contar da ciência, encaminhe a esta Corte informações acerca do cumprimento das determinações contidas no item 9.1 retro, acompanhadas dos respectivos elementos comprobatórios e da identificação dos gestores responsáveis pela execução das referidas medidas;”

2. As irregularidades ensejadoras das sobreditas determinações ocorreram no âmbito da Concorrência nº 1/2006 e do contrato dela decorrente, de nº 11/2007, firmado entre o Ministério do Esporte e a empresa Sigma Dataserv Informática S.A., com vistas à “*prestação de serviços de consultoria, desenvolvimento e manutenção de sistemas aplicativos; administração, operação e suporte para rede de microcomputadores; comunicação de dados e internet/intranet; administração de dados e bases de dados; suporte e help-desk*”.

3. Após examinar as razões recursais carreadas aos autos, manifesto-me de acordo com os fundamentos expendidos na instrução da Serur, adotando-os, desde já, como minhas razões de decidir, sem prejuízo de aduzir as considerações que se seguem.

4. A recorrente sustenta que para a seleção das propostas importa apenas o preço final (global), e não as parcelas que o formam. Pondera, ainda, não estar defendendo que a planilha não possui qualquer relevância, sendo importante sim, a seu ver, tão somente para a aferição da exequibilidade do preço ofertado e para evitar o chamado “jogo de planilhas”, mas não para “*alterar o preço contratado*”.

5. A recorrente argumenta que o acórdão guerreado determinou a modificação de sua remuneração, alterando, assim, a situação econômico-financeira do contrato, situação essa que, segundo ela, deveria, como regra, ser inalterável. Pondera que, não fosse assim, a licitação seria inútil. Para ela, o art. 58, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, deixam assente que somente fato superveniente hábil a provocar o rompimento da equação econômico-financeira poderia ensejar tal alteração, e que, no caso concreto, não restou caracterizada essa superveniência.

6. Preliminarmente, cabe esclarecer à recorrente que ‘sobrepreço’ tem natureza distinta de eventual ‘desequilíbrio econômico-financeiro’ que venha a beneficiar indevidamente a contratante. Este último pressupõe licitude na licitação e ocorrência de fato superveniente durante a execução contratual. Já aqueloutro evidencia vício no certame, especificamente na formação dos preços (global e unitários). Embora ambos representem enriquecimento sem causa de uma das partes contraentes, os dispositivos legais porventura violados são distintos. O ‘desequilíbrio econômico-financeiro’ afronta diretamente o art. 65, II, 'd', da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 37, XXI, da Constituição Federal. Por seu turno, o ‘sobrepreço’ viola flagrantemente os arts. 3º e 6º, IX, 'f', c/c o art. 43, IV, da Lei de Licitações e Contratos, bem como o princípio da economicidade e a função social do contrato.

7. O reequilíbrio econômico-financeiro a que alude o art. 65, II, 'd', da Lei nº 8.666/93, exige sim a presença de um fato superveniente (fato gerador) a justificar sua ocorrência. Presente o fato superveniente à celebração da avença, justificado está, em princípio, o sobredito reequilíbrio. De outro tanto, a simples constatação do ‘sobrepreço’ afronta, por si só, o art. 43, IV, da Lei de Licitações e Contratos, sendo ele injustificável sob a ótica da legalidade.

8. A situação em apreço evidencia caso típico de ‘sobrepreço’. E uma vez constatada a sua presença no ajuste, materializando-se o enriquecimento sem causa da contratada, não vejo outra saída que não a devolução dos valores pactuados em excesso.

9. Não há falar em violação do princípio da segurança jurídica em face da constatação de ‘sobrepreço’, tanto global quanto em relação aos valores unitários. Ainda que o preço global da proposta seja vantajoso para a Administração, é mister também que cada um dos itens contratados esteja com preço justo. A corroborar tal assertiva, urge trazer à colação o seguinte excerto do voto condutor do Acórdão nº 1054/2011-Plenário:

“53. (...) **não há que se falar em violação à segurança jurídica ou a quebra da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pois, apesar de a contratada ter o direito de receber os valores pactuados, impõe-se à Administração a verificação da adequação dos mesmos aos preços**”

de mercado, especialmente no caso dos itens incluídos nas revisões contratuais e que não se submeteram ao devido processo licitatório.

54. *Permito-me mais uma vez transcrever excerto do multicitado Voto condutor Acórdão 3.025/2009 - Plenário, que examinou anteriormente questionamento semelhante ao ora apresentado:*

‘10. Com efeito, é frágil o argumento da contratada de que, havendo no edital da licitação critério de aceitabilidade de preços unitários (art. 40, inciso X, da Lei n.º 8.666, de 1993) e ao sagrar-se vencedora do certame, não poderia ter seus preços contratuais questionados, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

11. Ora, bem ressaltou a instrução que a contratada não está obrigada a submeter-se à execução do objeto por valor inferior ao inicialmente pactuado, mas constatado que os preços contratados estão acima dos preços de mercado, ainda que tenham se balizado nos parâmetros do edital, impõe-se o ajuste aos valores de mercado, assegurado, contudo, o devido contraditório. Portanto, não há nenhuma ilicitude nesse procedimento, que tem por objetivo maior a defesa do interesse público.

12. Esse entendimento, inclusive, é extensivo aos eventuais itens novos incluídos no contrato, não havendo que se falar em manutenção das mesmas condições contratuais, a teor do que estabelece o art. 65, §1º, da Lei de licitações.’

55. Relativamente ao BDI adotado pela Secob - 2 no seu comparativo (23,9%), muito embora o consórcio construtor defenda a aplicação do percentual de 35% a esse título, ratifico as conclusões da instrução no sentido de que ele não logrou demonstrar a inadequação do percentual por ela adotado.” (grifei).

10. Na esteira do acima exposto, julgo oportuno transcrever, por seus lúdimos fundamentos, o seguinte excerto da instrução da unidade técnica:

“18. A situação econômico-financeira do contrato deve ser inalterável apenas no caso em que ele tenha tido regular processo de formação. Não fosse assim, o controle exercido por esta Corte não poderia ter a efetividade devida. Ilustra-se isso com o exemplo extremo em que é celebrado contrato fraudulento com sobrepreço, o qual não poderia ser revisto por força de já estar consumado.

19. A possibilidade de alterar disposições contratuais para adequá-las ao ordenamento jurídico não torna inútil o processo licitatório. Antes, esse processo é vocacionado a prevenir referida inadequação e possibilitar que, caso tenha ocorrido, seja corrigida. Ou seja, sobre o prisma do controle, a utilidade da licitação é justamente a de possibilitar o exame da adequação do contrato ao ordenamento jurídico.

20. O art. 58, § 1º, da Lei 8.666/1993, efetivamente estabelece que as cláusulas econômico-financeiras do contrato só podem ser alteradas com prévia concordância do contratado. Esse dispositivo, no entanto, aplica-se aos casos em que o contrato tenha sido regularmente formado. Havendo vício no processo de formação, o controle deve incidir para promover a adequação necessária. A mesma análise é pertinente para o art. 37, inciso XXI, da CF/1988.

21. Não se pode acolher a tese de que a discriminação em planilha de valores dos itens a serem contratados tenha a mera função de permitir a aferição da exequibilidade da proposta e para evitar o jogo de planilhas. Consoante exposto no art. 884 do Código Civil, a aferição de

vantagens econômicas deve decorrer de justa causa. A referida planilha permite saber se o preço proposto para cada um dos itens está estabelecido em conformidade com justa causa. Essa é importante função da discriminação de valores para os itens de despesa específicos.

22. *É inadmissível que o edital elabore minudente conjunto de regras para a formação dos preços de cada um dos itens contratados com finalidade meramente acessória, secundária. Deve-se ter em conta que essas regras detalhadas são importantes para assegurar que o próprio preço apresentado seja tido como justo para fins do disposto no art. 884 do Código Civil.*

23. *Ainda que a planilha efetivamente seja denominada de apoio para a formação de preços (peça 1, p. 42), não se pode concluir daí que sua função seja secundária a ponto de afastar essa função de verificação da justa causa do preço a respeito de cada item a respeito dos quais a licitante pretende receber remuneração.*

24. **O preço global efetivamente é o que importa para o julgamento das propostas. No entanto, isso não autoriza que, a título de poder oferecer preço global em valor mais interessante para a Administração do que a das concorrentes no certame, uma licitante apresente preços para determinados itens que não sejam os preços justos. Isso, até porque, do ajuste de um preço fixado em valor superior ao devido resultaria valor ainda mais vantajoso para a Administração.**

25. *A Decisão 577/2001 - TCU - Plenário não apresenta o teor invocado pela recorrente. Com efeito, extrai-se da seguinte passagem:*

*c) também não existe o risco de incorporar ao contrato um valor superior ao que seria o justo, caso o proponente informe uma alíquota ou valor acima do devido. Primeiro, porque a proposta é submetida a uma competição na qual ela já entraria em nítida desvantagem se contivesse tal equívoco. Não se pode esquecer que entre as várias ofertas só uma - a mais vantajosa - será escolhida. E depois, porque a Administração tem, ou precisa ter, os preços de mercado para balizar seu julgamento. **Desse referencial de 'preço justo' ela não pode se afastar, em hipóteses de contratação como as aqui discutidas; (grifo acrescido).***

26. *Ou seja, existe realmente a consideração de que o preço global é o que importa para o julgamento da proposta. No entanto, isso não autoriza que seja contratada proposta que ofenda o preço justo.*

[...]

28. *Também não procede que apenas durante o certame é possível haver alteração nos custos unitários. Para fins de controle, como mencionado nos itens 18-20 deste exame, é possível que a alteração seja posterior ao certame e até ao contrato. **Ao discriminar determinado valor por item, a licitante deve estar certa de que esse valor não apresenta sobrepreço. É apenas com essa condição que se compromete a executar o contrato com o referido preço. Não sendo assim, deve haver a adequação do preço do item ao justo. Sendo o controle realizado posterior ao certame, a revisão dele decorrente também deve lhe ser posterior.***” (grifei)

11. Nesse diapasão, considero perfeito o raciocínio desenvolvido pela unidade técnica para refutar os argumentos da recorrente no sentido de que “*não é cabível a revisão do percentual de 13,3% para o de 11,11% relativa a encargo de férias*”, e que “*a proporção de 11,11% não leva em conta outros custos incidentes no item a que se refere, tendo previsto valor superior a esse por contemplar a possibilidade de venda de férias pelos empregados e a possibilidade de o funcionário vir a gozar férias fora do período regular (em que se paga as férias em dobro, nos termos do art. 137 da CLT e da Súmula 81 do TST) - situações que implicam despesa a maior*”.

12. Eis a instrução da Serur, digna de registro:

“40. A revisão do encargo de férias decorrente da determinação recorrida é devida ao fato de que o gasto com o respectivo item não está conforme ao ordenamento jurídico, e não para correção de erro no preenchimento da proposta. Não se admite o caráter meramente estimativo do gasto com encargo de férias. Antes, conforme a análise dos itens 21-22 deste exame, trata-se de expediente para aferir se os valores referentes a remuneração da ora recorrente estão pautados em justa causa.

41. A possibilidade de o empregado solicitar conversão em pecúnia de um terço do período de férias não pode ensejar majoração do valor apresentado como referência para pagamento de encargos com férias. Isso porque o empregado continuará prestando serviço ao custo de remuneração ordinária. Ou seja, não deverá haver nova despesa para cobrir a necessidade do serviço com outro profissional ao longo do período em que as férias foram convertidas.

42. O fato de as férias deverem ser pagas em dobro caso não usufruídas em período regular também não pode ensejar aumento no percentual destinado ao pagamento de encargos com férias. O empregado não tem direito subjetivo a gozar férias fora desse período. Considerando que as férias são concedidas por ato do empregador (art. 134 da CLT) e que a época da concessão é a que melhor atende aos interesses do empregador (art.136 da CLT), eventual remuneração em dobro decorreria de atender aos interesses da ora recorrente, não estando ela autorizada a cobrar da Administração remuneração por essa faculdade sua.

43. De acordo com análise constante de peça 92, p. 38, o pagamento de encargos de férias tem a função de cobrir as despesas realizadas sem a correspondente prestação de serviços e o adicional de 1/3 que deve incidir sobre a remuneração na ocasião de gozo de férias. Não há, portanto, que se falar em rigidez para considerar a realidade econômico-financeira cada licitante. Ora, os valores percentuais são iguais para todas elas.” (grifei)

13. Foi exatamente esse o entendimento perfilhado pelo Relator da deliberação recorrida, ao assinalar que:

“15. O percentual de férias, o FGTS sobre o 13º salário e o cálculo das despesas operacionais e lucro são parcelas que o licitante não poderia fixar livremente, pois foram definidas pela legislação e pelo edital. Consequentemente, os ganhos advindos da majoração do percentual de férias, do lançamento de FGTS em duplicidade e do cálculo das despesas operacionais e lucro em desconformidade com o edital são cobranças irregulares, visto que contrariaram as respectivas normas balizadoras. Não há que se falar em direito ao equilíbrio econômico-financeiro e à inalterabilidade das cláusulas econômicas do contrato, quando tais cláusulas apresentam-se abusivas, posto que decorrentes de irregularidades e propiciatórias ao particular de ganhos indevidos, desvinculados de justa contraprestação.” (grifei)

14. Por fim, acerca da diferença entre o montante pago para cada perfil profissional, com base em 176 horas, e o valor referente ao quantitativo de horas efetivamente trabalhadas, a recorrente pondera que o pagamento calculado sobre as horas efetivamente trabalhadas não é condizente com a orientação emanada do edital. Acrescenta que “o quadro das regras do certame” estaria a indicar que a forma de cobrança seria feita por valor certo a cada mês, “segundo sistemática em que o pagamento efetivamente deve ser feito com base nas 176 horas por mês”.

15. Ao contrário do que sustenta a recorrente, o pagamento por horas efetivamente trabalhadas é sim condizente com a disciplina estabelecida pelo edital. Para tanto, valho-me, uma vez mais, dos sólidos fundamentos aduzidos pelo Relator da decisão vergastada, que assim se manifestou:

“31. No quadro e na tabela mencionados pela empresa contratada, está claramente especificado que os valores de 176 horas/mês/profissional se tratam de estimativas, ou seja, são os valores máximos estimados de horas de serviço por ano. Por conseguinte, não procede a afirmativa de que essas peças estabeleceram o valor fechado de 176 horas.

32. Em outras passagens do edital, fica evidenciado que o pagamento condiciona-se à medição dos serviços, isto é, à apuração dos serviços efetivamente prestados. Para ilustrar, veja-se que consta do item 21 do edital (“Do Pagamento” – fls. 09 - anexo 1) que:

‘O pagamento será efetuado mensalmente com base na apuração dos serviços constantes do cronograma de execução aprovado pelo Ministério do Esporte, na forma abaixo:

Para fins de medição dos serviços realizados, tomar-se-á os períodos do primeiro ao último dia do mês (...).

A Nota Fiscal/Fatura deverá se fazer acompanhar das cópias das Autorizações de Serviço e do Boletim de Medição, para aferição dos serviços prestados no mês do adimplemento da obrigação.’ (Grifo do Relator.)

33. Essa disposição repete-se no item 13 do Projeto Básico (Anexo I do edital – fls. 16 – anexo 1).

34. Finalmente, veja-se que o Contrato 11/2007 estabeleceu que o valor contratual correspondente ao máximo de 176 horas seria apenas um total estimado, o que deixa claro que a definição do valor efetivo a ser pago depende da devida apuração dos serviços efetivamente prestados. A cláusula sexta da avença segue transcrita (fls. 29 – anexo 1).

‘CLÁUSULA SEXTA – DO PREÇO E PAGAMENTO

O CONTRATANTE pagará à CONTRATADA o valor mensal estimado de R\$ 242.130,24, perfazendo o valor global estimado para 12 (doze) meses de R\$ 2.905.562,88.’ (Grifo do Relator.)

35. Tem-se, assim, que a Administração e a contratada estavam vinculadas a essas regras no momento da licitação e assim continuam presentemente na execução do contrato, não havendo fundamentação para adotar-se sistemática diversa como deseja a empresa.

36. Consequentemente, não assiste razão à contratada ao alegar que incorrerá em prejuízo, uma vez que o pagamento com base na medição dos serviços efetivamente prestados não se trata de inovação, mas de procedimento fixado e conhecido desde a publicação do instrumento convocatório e da assinatura do contrato.

[...]

38. Conclui-se, portanto, que o faturamento do valor fixo de 176 horas/mês/empregado independentemente do total efetivamente trabalhado afronta o edital e o contrato, bem como os princípios da moralidade, da economicidade e da boa-fé, já que ocasiona o dispêndio de recursos públicos sem a efetiva contraprestação de serviços. O procedimento também fere o princípio do interesse público, pois faz prevalecer o interesse do particular em detrimento do interesse da coletividade.” (grifei)

16. E como bem arrematou a Serur em sua instrução, “o ressarcimento determinado não implica enriquecimento sem causa da Administração. **O eventual pagamento superior ao dos serviços prestados contraria a disciplina do edital e, consequentemente, do contrato firmado. A remuneração**

feita fora dessa disciplina é que caracteriza enriquecimento sem causa, uma vez que ela é que estabelece a justa causa para a remuneração”. (grifei)

17. Estando os autos conclusos para julgamento, a empresa Sigma Dataserv Informática S.A. apresentou memorial que não tem o condão de alterar o juízo firmado nesta oportunidade.

Ante o exposto, VOTO por que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de março de 2013.

JOSÉ JORGE
Relator

ACÓRDÃO Nº 570/2013 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 010.290/2009-6.
2. Grupo I – Classe I – Assunto: Pedido de reexame.
3. Recorrente: Sigma Dataserv Informática S.A. (77.166.098/0001-86).
4. Órgão: Ministério do Esporte.
5. Relator: Ministro José Jorge.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Recursos (SERUR/D3).
8. Advogados constituídos nos autos: Fernando Vernalha Guimarães (OAB/PR 20.738) e Silvio Felipe Guidi (OAB/PR 36.503).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto pela empresa Sigma Dataserv Informática S.A. contra os itens 9.1 e 9.2 do Acórdão nº 2759/2011-Plenário.

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

9.1. conhecer do pedido de reexame interposto para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se o Acórdão nº 2759/2011-Plenário em seus exatos termos;

9.2. dar ciência ao recorrente e ao Ministério do Esporte da presente deliberação.

10. Ata nº 9/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 20/3/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0570-09/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Aroldo Cedraz, Raimundo Carreiro, José Jorge (Relator) e José Múcio Monteiro.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

(Assinado Eletronicamente)
AUGUSTO NARDES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ JORGE
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral