

PROCESSO: 2054311-6
RELATOR: MARCOS LORETO
ÓRGÃO: SECRETARIA DE SANEAMENTO DO RECIFE
MODALIDADE: MEDIDA CAUTELAR
TIPO: MEDIDA CAUTELAR
EXERCÍCIO: 2020
INTERESSADO: OSCAR BARRETO E OUTROS
ADVOGADA: SIMONE VASCONCELOS (OAB/PE 9.962)

RELATÓRIO

Trata-se de Processo formalizado em virtude de solicitação, por parte da equipe técnica, de Medida Cautelar, com fulcro no art. 1º, §1º, da Resolução TC 16/17, no intuito de anular a Tomada de Preços nº 001/2020, da Secretaria de Saneamento da Prefeitura do Recife, cujo objeto é a "ELABORAÇÃO DE ESTUDOS E PROJETOS, APOIO TÉCNICO, GERENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PARA A IMPLANTAÇÃO DE SOLUÇÕES INDIVIDUAIS E/OU COLETIVAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO VISANDO MELHORIAS SANITÁRIAS NAS COMUNIDADES DE INTERESSE SOCIAL LOCALIZADAS NA CIDADE DO RECIFE".

Diante da solicitação da equipe de auditoria e da defesa apresentada pela Secretaria, expediu a seguinte decisão monocrática:

Refere-se o presente feito ao Processo Licitatório nº 005/2020 CELSS – Tomada de Preços nº 001/2020, da Secretaria de Saneamento da Prefeitura do Recife, cujo objeto é a "ELABORAÇÃO DE ESTUDOS E PROJETOS, APOIO TÉCNICO, GERENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PARA A IMPLANTAÇÃO DE SOLUÇÕES INDIVIDUAIS E/OU COLETIVAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO VISANDO MELHORIAS SANITÁRIAS NAS COMUNIDADES DE INTERESSE SOCIAL LOCALIZADAS NA CIDADE DO RECIFE", com orçamento estimativo de R\$ 2.626.042,38.

A análise do certame coube à Gerência de Auditorias em Licitações de Obras e Serviços de Engenharia (GDAL), do Núcleo de Engenharia (NEG) desta Corte de Contas, a qual, em 21/07/2020, expediu Relatório de Auditoria concluído, em uma análise perfunctória, nos seguintes termos:

*Diante do exposto no corpo deste Relatório de Auditoria, em sede preliminar, entende-se pela emissão de **Medida Cautelar**, a fim de que a presente licitação seja suspensa, por estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.*

*O *fumus boni iuris*, ou fumaça do bom direito, se faz presente uma vez que o edital da licitação está eivado dos seguintes vícios:*

- Orçamento irregular, com remuneração mensal de pessoal, veículos e equipamentos.

- Orçamento superestimado em R\$161.026,54, em razão da utilização de percentual de Despesas Fiscais de 16,62%.

O *periculum in mora*, ou perigo da demora, também se faz presente pois, caso não seja suspensa licitação, cuja sessão do Pregão está prevista para o dia **22 de julho de 2020**, o dano à legalidade e à economicidade do certame, bem como à eficiência administrativa não poderá ser posteriormente reparado, resultando em procedimento licitatório eivado de vício **insanável**.

No mérito, entende-se que deve ser determinado à Secretaria de Saneamento que **anule** a presente licitação, por conter irregularidade insanável, notadamente:

- Orçamento irregular, com remuneração mensal de pessoal, veículos e equipamentos.

Entende-se também que deva ser determinado à Secretaria de Saneamento, na pessoa do seu Secretário, seu gestor maior, que, nas próximas licitações com objetos semelhantes, esta unidade jurisdicionada:

- Abstenha-se de elaborar orçamentos estimativos com remuneração mensal de pessoal, veículos e equipamentos, ao invés de remuneração por produtos.

- Abstenha-se de utilizar, nos orçamentos estimativos para serviços de consultoria, percentual de despesas fiscais acima de 9,469%.
(grifos no original)

Em 23/07/2020, ou seja, após a realização da sessão do Pregão ora em tela, o presente processo é recebido no meu Gabinete e, no mesmo dia, solicitei à área técnica que notificasse os interessados para apresentação de defesa ao Relatório de Auditoria, no prazo de 5 (cinco) dias, enfatizando-se no expediente notificador que qualquer ato realizado com ilegalidade, ou que venha a causar prejuízo ao erário, mesmo com a realização do Certame, seus promotores serão responsabilizados.

Em atendimento a tal despacho, foi expedido o Ofício TC-NEG nº 366/2020, datado de 27/07/2020, dirigido ao Sr. Oscar Paes Barreto Neto e à Sra. Simone Vasconcelos, Secretário e Presidente da Comissão Especial de Licitação da Pasta em epígrafe, nessa ordem.

As considerações defensórias foram apresentadas por meio do Ofício nº 482/2020-GAB/CELSS/ESAN, datado de 31/07/2020 e firmado pela retrorreferida Presidente da CELSS, onde, de logo, foi destacado, quanto ao certame, que “é incontestável sua relevância e necessidade”.

Ainda de forma preliminar, assim constou na peça defensiva ora trazida à baila:

O certame em questão foi publicado no Diário Oficial do Recife em 04.07.2020, Folha de Pernambuco (sábado/domingo) 04 e 05.07/2020, bem como no Portal de Compras do Recife em 04.07/2020, obedecendo assim os requisitos legais de publicidade (art. 21/ 8.666/93).

Não existindo impugnação do Edital publicado, a sessão foi aberta na data e hora aprazada, ou seja, dia 22.07.2020, às 9:08hs de forma virtual, conforme determinação dos protocolos e legislação vigente do COVID-19.

O Ofício TC-NEG 366/2020 foi encaminhado via e-mail (simonevasconcelos@recife.pe.gov.br e oscar.neto@recife.pe.gov.br) em 27.07.2020, às 16:49hs, ou seja, 05 (cinco) dias depois de ocorrida a sessão de abertura do certame, que obteve 03 (três) empresas habilitadas. Fase atual do certame decurso de prazo recursal.

Após destacar que “nenhum ato de ilegalidade foi realizado, nenhum prejuízo ao erário foi causado”, a peça defensiva trouxe considerações de mérito sobre cada irregularidade apontada pela auditoria, as quais serão mais à frente tratadas.

No dia 03/08/2020 retornam os autos ao meu Gabinete e, em face da especificidade da matéria em questão, nesse mesmo dia, devolvi o processo ao NEG, para se manifestar sobre a defesa apresentada.

Em atendimento ao despacho antes mencionado, a auditoria expediu, em 04/08/2020, Nota Técnica, concluindo pela manutenção das irregularidades apontadas no Relatório Preliminar de Auditoria, “não prosperando as alegações da defesa apresentada pela Secretaria de Saneamento do Recife”, mantendo, também, o entendimento pela Medida Cautelar suspensiva da licitação, assim como a necessidade de anulação da licitação objeto deste feito, “por conter irregularidade insanável, notadamente: - Orçamento irregular, com remuneração mensal de pessoal, veículos e equipamentos”.

É o relatório do essencial.

Passo a decidir.

Foram duas as falhas apontadas pela área técnica deste TCE no certame em questão, a quais passo a analisar individualmente.

1) ORÇAMENTO IRREGULAR, COM REMUNERAÇÃO MENSAL DE PESSOAL, VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS

Em seu Relatório, a auditoria destacou que o orçamento estimativo da licitação foi elaborado com base no pagamento de remuneração de pessoal, de veículos e de equipamentos, ao invés de ser por pagamento de produtos e que o cronograma do serviço também adota o critério de contabilizar a execução, não de produtos, mas sim, da utilização de pessoal, de veículos e de equipamentos.

E ainda:

Nessa mesma linha, o critério de medição, item 12 do termo de referência, estabelece a medição por utilização de pessoal, de veículos e de equipamentos:

(...)

Conclui afirmando que o “orçamento estimativo, da forma como foi elaborado, por remuneração de pessoal, de veículos e de equipamentos, ofende o Princípio da Eficiência administrativa, uma vez que a Administração Pública deve contratar a realização de serviços, consubstanciada na entrega, medição e pagamento de produtos, pois estes são o fim a que almeja a licitação”.

Mais à frente, assim pontua:

O orçamento estimativo deve ser elaborado para que estejam claramente definidos os produtos que deverão estar com seus preços máximos estimados, para que os licitantes ofertem valores sobre eles e, após a contratação, a medição se dê em função dos produtos entregues.

Os produtos, que podem ser projetos básicos, projetos executivos, laudos, avaliações, dentre outros, perfazem, no seu somatório, o real interesse da Administração Pública e não, a remuneração de pessoal, de veículos e de equipamentos.

Para tornar ainda mais clara essa irregularidade de orçamentação, pode-se comparar este tipo de orçamento ao de uma obra de Engenharia. No orçamento desta, constam unidades de serviços, com seus respectivos preços unitários, e que serão medidos e pagos pelo que for efetivamente realizado no período. Então, medem-se partes do objeto e estas partes são produtos tangíveis, reais, e de utilidade para a Administração Pública. Em hipotético caso de rescisão contratual, o Poder Público terá a posse de parte do objeto final, podendo licitar a parte restante, pois há um aproveitamento dos produtos (partes da obra) já entregues e pagos.

No caso da licitação em análise, onde há pagamento de pessoal, de veículos e de equipamentos, isto não ocorre, pois o objeto não foi subdividido em produtos, mas sim, em utilização de pessoal, de veículos e de equipamentos. Em hipotético caso de rescisão contratual, o Poder Público não terá a posse de parte do objeto final e terá efetuado pagamento sem contraprestação de um produto tangível, real e de utilidade.

Após registrar que o Tribunal de Contas da União adota esse mesmo entendimento (citando, como exemplo, o Acórdão 508/2018 – Plenário), a auditoria ressalta que “essa forma de orçamentação atrai uma outra problemática que é a invasão, do privado, em atribuições públicas, podendo configurar terceirização ilegal de mão-de-obra, uma vez que a Administração estará efetuando pagamentos por remuneração de pessoal, durante o período de vigência contratual, ao invés de serem pagamentos por entrega de produtos”.

Segue pontuando que, da leitura do item 7 do termo de referência (onde constam as atividades a serem desenvolvidas pela contratada), chega-se à conclusão da indefinição do objeto do certame, “dada a sua amplitude e, pelo fato de não ter sido feita orçamentação por produto, cria-se um enorme leque de atividades pelas quais a contratada pode ser remunerada”.

E arremata nos seguintes termos o presente tópico:

Assim, em função da amplitude de atividades, entende-se que, da forma como foram orçadas, pode gerar uma invasão, do privado, em atribuições públicas, o que configuraria terceirização ilegal de mão-de-obra.

Diante do exposto, entende-se que a forma de orçar o objeto é prejudicial à eficiência administrativa e que, por consequência, irá gerar um prejuízo financeiro (pois a ineficiência gera prejuízos) aos cofres públicos os quais não se pode mensurar de antemão, além de ferir a legalidade, uma vez que a Secretaria de Saneamento estará contratando privado para exercer atividades exclusivas dela própria.

É importante ser ressaltado que não se pode alegar que as atividades de “apoio” estariam fora da invasão de atribuições, pois elas, as atividades, não estão claramente definidas, bem como não estão os seus limites. Assim, o que se diz que é apoio, na prática termina se tornando a própria essência da atividade.

No expediente defensorio firmado pela presidente da CELSS, foi inicialmente destacado com relação à oposição do presente tópico do Relatório de Auditoria que, justamente no Anexo 2 do TR, documento que a área técnica utilizou para embasar seu apontamento, “ ficou estabelecido os produtos a serem produzidos pela empresa licitante vencedora, elaboração de estudos e projetos, apoio técnico, gerenciamento e fiscalização de obras das soluções individuais ou coletivas de esgotamento sanitário nas Comunidades Irmã Doroty, Ilha do Destino, Estrada do Frigorífico e Vila da Coragem”.

E mais:

Em síntese, são 04 (quatro) produtos a serem entregues pela Contratada referentes a cada Comunidade acima citada. O pagamento do objeto contratado será após a entrega do produto em questão, pelo o que não existe terceirização de mão de obra, pagamento de veículos e equipamentos.

*De fato as planilhas apresentadas para quantificação e precificação do valor a ser pago pelo Município por cada **Produto**, tinha que envolver um esboço do custo de mão de obra, equipamentos e veículos. A Tabela utilizada para tanto foi do DINIT — Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.*

Na pág 13, quando da transcrição dos critérios de medição consta no Item b:

“A contratada deverá apresentar previamente para aprovação da SESAN, orçamento detalhado de cada projeto a ser elaborado, tomando como referência...” (grifo nosso).

*Mais uma vez, fica ratificado que a Proposta de Preço (Envelope 2) deve ser por **PRODUTO**.*

Os anexos referentes à remuneração de pessoal (Tabela DINIT), de veículos e de equipamentos foram expostos como referenciadores. Tal assertiva ficará melhor evidenciada quando da abertura do Envelope 2 — Proposta de Preço.

Certamente que a não apresentação do PRODUTO acordado, ensejará o não pagamento da Contratada.

O Acórdão 508/2018 — Plenário — TCU mencionado na auditoria (fls. 14, 15 e 16) da lavra do Ministro Benjamin Zymler, diz textualmente: ... "e determinaram ao Dinit a realização de estudos "com vistas a estabelecer parâmetros para o dimensionamento de equipes em contratos de supervisão, de forma que os valores máximos dos referidos contratos sejam fixados não só em função do valor do orçamento da obra, mas também em função dos requisitos técnicos necessários à efetiva fiscalização". Com base na Tabela do DINIT, conforme já mencionado, a SESAN elaborou uma planilha para servir de parâmetro as licitantes.

Justamente na busca da eficiência da gestão é que a referida Tabela foi utilizada. Porém, deixando claro para licitantes que o certame trata da contratação de empresa que entregue os 04 (quatro) produtos especificados, inclusive apresentando "Mapa de Localização das Comunidades" para as quais se destinam.

Por fim, o Ministro Relator do Acórdão determinou: ... "devendo haver previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequação de pagamento."

Ainda tratando do Termo de Referência, cumpre-nos rebater que a amplidão de atividades da empresa margeia a invasão das atribuições próprias desta Secretária de Saneamento, posto que o contrato a ser firmado com a empresa vencedora do certame terá um Gestor e um Fiscal com atribuições inerentes da atividade, cabendo aos mesmos a responsabilidade de evitar que haja interferência nas atividades própria da SESAN.

Ao contrário do que foi dito, a utilização da Tabela DINIT traz para gestão parâmetro seguro do custo de cada Produto a ser entregue pela Contratada. Asseverando a SESAN que não será efetuado pagamento, se não for decorrente de produto requerido entregue de forma cabal.

Sobre tais alegações defensórias, a área técnica deste Tribunal de Contas assim se manifestou, na Nota Técnica expedida nestes autos:

As alegações trazidas pela defesa não alteram as conclusões do Relatório Preliminar de Auditoria. Algumas delas, até servem como reforço para o que foi apontado como irregularidade.

Quanto à questão dos produtos a serem entregues, como já foi explicitado no referido Relatório, tais produtos deveriam ser a essência do orçamento estimativo, vindo a serem pagos de acordo com o preço contratado para cada um deles, e constante na planilha contratual.

O orçamento estimativo da Tomada de Preços Nº001/2020, conforme já dito, não foi feito por produtos, mas sim, por remuneração de pessoal, de equipamentos e de veículos. Ainda que estes estejam vinculado a um produto final, a forma como foram orçados privilegia a ineficiência administrativa, uma vez que se pagará uma remuneração mensal para uma empresa realizar uma gama de atividades incluídas no conceito de um produto. O correto seria o pagamento por um produto entregue, por exemplo, um projeto, com custo "x" e ser entregue em um prazo "y".

As composições de preços dos itens dos orçamentos são um meio para se chegar ao produto ou aos subprodutos (fim). As composições não devem

ser objeto direto de medição e pagamento, como está sendo feito na presente licitação. Elas devem ser o instrumento indireto para o levantamento dos custos dos produtos ou dos subprodutos, pois estes são o fim, não aquelas. Os produtos é que devem ser medidos e pagos, não as composições dos preços. Quando se privilegia a medição e o pagamento com base nas composições, gera-se a possibilidade de terceirização ilegal de mão-de-obra, além do privilégio da ineficiência administrativa.

Um argumento trazido pela defesa serve, em verdade, para corroborar o que foi apontado pelo Relatório Preliminar de Auditoria. Trata-se de um trecho do termo de referência, onde é dito que “A contratada deverá apresentar previamente para aprovação da SESAN, orçamento detalhado de cada projeto a ser elaborado, tomando como referência...”. Não cabe à contratada apresentar orçamento de projetos a serem elaborados. Os projetos (produtos) devem ser orçados na licitação e terem os preços propostos pelos licitantes. O licitante contratado vai elaborar os projetos e, após a entrega, ser remunerado por eles. Não se pode levar para dentro do contrato uma fase (orçamentação dos projetos) que deveria fazer parte do planejamento da licitação, antes, portanto de sua publicação.

Portanto, o objeto da licitação deveria estar definido como projetos (produtos) e cada produto ter um preço orçado, em cima do qual, cada licitante ofertará seus próprios preços.

Levando-se em conta a indefinição do objeto da licitação, consubstanciada na amplitude do leque de atividades a serem desempenhadas pela contratada, a forma como foi elaborado o orçamento estimativo permite que a contratada seja remunerada (por hora, por mês) por quaisquer dessas atividades, muitas delas descritas como atividades de “apoio”. Isso caracteriza, de forma clara, a possibilidade de terceirização ilegal de mão-de-obra, pois esse amplo leque de atividades deveria ser exercido pelos gestores e servidores da SESAN, não por uma empresa contratada.

Quanto ao que foi dito, de que “... o contrato a ser firmado com a empresa vencedora do certame terá um Gestor e um Fiscal com atribuições inerentes da atividade, cabendo aos mesmo a responsabilidade de evitar que haja interferência nas atividades próprias da SESAN” entende-se que não se pode delegar a um fiscal ou a um gestor de contrato o julgamento do que é ou do que não é invasão de competências legais de um órgão. Em verdade, um contrato, com objeto claro e definido, não gera possibilidade dessa invasão do privado em atividades que deveriam ser exercidas pelo ente público.

Como o termo de referência da presente licitação é constituído de um amplo leque de atividades a serem desempenhadas pela empresa contratada, tal fato gera a citada possibilidade de invasão do privado sob competências públicas. E o remédio para essa irregularidade não pode ser a delegação a um fiscal ou a um gestor do contrato a função de julgar o que pode e o que não pode ser exercido pela empresa contratada. O remédio para sanar a irregularidade é a elaboração de um orçamento com base em produtos ou subprodutos a serem medidos e pagos.

Portanto, não procedem as alegações da defesa e fica mantida a irregularidade apontada no Relatório Preliminar de Auditoria.

Tenho como escorreita a análise da área técnica, adotando-a como razões para decidir (§3º do art. 132-D do Regimento Interno do TCE-PE c/c §1º do art. 50 da Lei estadual nº 11.781/2000). Da forma como está

elaborado o orçamento estimativo, finda por ofender o Princípio da Eficiência administrativa, como foi satisfatoriamente demonstrado pela auditoria desta Casa, além da questão de poder configurar terceirização ilegal de mão-de-obra, em face da indefinição do objeto do certame.

Nesse sentido, o Acórdão 508/2018 TCU:

(...)

Com base no que expôs o relator, o Plenário, entre outras deliberações, determinou à unidade técnica que instaurasse processo apartado de tomada de contas especial para quantificação do débito e identificação dos responsáveis pelos indícios de dano ao erário apurados no contrato, e determinou à Valec que “nas futuras contratações de serviços de supervisão de obras, evite a previsão de pagamentos por homem-mês ou relacionados à mera permanência de mão de obra ou disponibilização de equipamentos, devendo haver previsão de pagamentos estritamente atrelados a produtos entregues ou resultados alcançados, os quais devem ser previamente definidos em bases compreensíveis, tangíveis, objetivamente observáveis e comprováveis, com níveis esperados de qualidade da prestação do serviço e respectivas adequações de pagamento”. Acórdão 508/2018 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Benjamin Zymler.

Nesse cenário, o Processo Licitatório nº 005/2020 CELSS – Tomada de Preços nº 001/2020 não tem como ter prosseguimento.

2) ORÇAMENTO SUPERESTIMADO EM RAZÃO DA UTILIZAÇÃO DE PERCENTUAL DE DESPESAS FISCAIS DE 16,62%

Informou a auditoria que o orçamento estimativo da licitação analisada tem valor total de R\$2.626.054,41, sendo que o valor relativo às Despesas Fiscais é de R\$374.249,91, com a utilização do percentual de 16,62%.

Destacou que este Tribunal de Contas já firmou jurisprudência no sentido de não serem aceitos percentuais, para fins orçamento de Despesas Fiscais, acima de 9,469%, conforme Acórdão nº 216/2017, da Primeira Câmara, decisum esse que tem como precedentes os Acórdãos TC nº 1144/2011, TC nº 1009/2016 e TC nº 1108/16, como seguiu destacando, e que tem o seguinte teor:

VISTOS, relatados e discutidos os autos do Processo TCE-PE nº 1720887-7, Medida Cautelar deferida monocraticamente pelo Conselheiro Substituto Adriano Cisneiros, em 30.01.2017, referente à suspensão da homologação do Processo Licitatório nº 021/2016, Tomada de Preços nº 007/2016, de SUAPE - Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros, ACORDAM, à unanimidade, os Conselheiros da Primeira Câmara do Tribunal de Contas do Estado, nos termos do voto do Relator, que integra o presente Acórdão, em REFERENDAR a Medida Cautelar concedida em 30 de janeiro de 2017, determinando a SUAPE que proceda às alterações necessárias no edital da Tomada de Preços nº 007/2016, Processo Licitatório nº 021/2016, promovendo, notadamente, as seguintes medidas:

(I) Adoção, no orçamento estimativo, do percentual de 9,469% para o cálculo das despesas fiscais, em substituição ao percentual de 16,62%;

(II) Modificação do tipo de licitação para “menor preço” em substituição ao tipo “melhor técnica e preço”;

(III) Não seja imposta limitação de número de empresas para formação de consórcios ou faça evidenciar, no edital, justificativa técnica para o limite de quantitativo de empresas fixado;

(IV) Publicação do edital alterado com reabertura de prazos para apresentação das propostas.

Recife, 16 de março de 2017.

Conselheira Teresa Duere – Presidente da Primeira Câmara

Conselheiro João Carneiro Campos – Relator

Conselheiro Ranilson Ramos

Presente: Dra. Maria Nilda da Silva – Procuradora

(grifos no original)

Do Inteiro Teor da Deliberação da deliberação antes trazida, a auditoria destacou o trecho adiante, onde, como consignou em seu Relatório, “foi explicitado o porquê desta irregularidade”:

1) Orçamento estimativo superestimado;

O orçamento estimativo é formulado considerando o percentual de 16,62% para o cálculo das Despesas Fiscais, contrariando o Acórdão TC nº 1144/2011, no qual é deliberado o percentual de 9,469% como máximo para as despesas fiscais aplicado nos orçamentos estimativos de contratação de serviços de consultoria. Diante do exposto, houve afronta ao princípio da seleção mais vantajosa para a administração, pois orça o serviço de valor mais alto, onerando despropositadamente o orçamento em R\$ 78.844,54, caracterizando orçamento estimativo superestimado, caso a empresa vencedora do certame, e sujeita a apuração pelo regime do lucro presumido, receba os pagamentos acrescidos dos custos referentes às despesas fiscais no percentual de 16,62%;

[...]

Notificada da medida acautelatória, SUAPE protocolou Pedido de Reconsideração da decisão monocrática, no qual procura desconstituir cada uma das irregularidades apontadas pela auditoria.

No que se refere ao orçamento estimativo considerado superestimado em virtude de especificação de percentual de despesas fiscais no percentual de 16,62%, a empresa sustenta a legalidade do percentual, porquanto fundamentado no Decreto Estadual nº 41.059 de 04/09/2014.

Afirma-se que o decreto é posterior ao Acórdão TC nº 1144/2011, se encontra em vigor e permite a aplicação do percentual de 16,62%, sustentando que a adoção de referido percentual buscou abarcar tanto as empresas que se enquadrem no regime de despesas fiscais com lucro presumido, como as despesas com lucro real.

Em que pese a previsão contida no Decreto Estadual nº 41.059/2014, permitindo a aplicação do percentual em comento, se faz necessário tecer as seguintes considerações:

(I) O inciso IV do art. 1º do texto normativo não impõe à administração pública a aplicação dos percentuais que alude, seja 9,469% ou 16,62%, para as despesas fiscais, quando da elaboração de orçamentos para a contratação de empresas de engenharia consultiva. Ao contrário, cuida-se de limites máximos:

Art. 1º Ficam instituídos, no âmbito do Poder Executivo, os seguintes **percentuais máximos** relativos a encargos sociais, custos administrativos, remuneração da empresa e despesas fiscais, para fins de elaboração de orçamentos para contratação de serviços de engenharia consultiva:

(...)

IV - despesas fiscais - deve-se observar o regime de apuração de lucros das empresas concorrentes, utilizando-se o percentual **máximo** de 9,469% (nove vírgula quatrocentos e sessenta e nove por cento) para as empresas sujeitas à apuração pelo regime do lucro presumido e o percentual **máximo** de 16,62% (dezesseis vírgula sessenta e dois por cento) para as empresas sujeitas à apuração pelo regime do lucro real, aplicáveis sobre o valor total dos custos diretos e indiretos, acrescido da remuneração da empresa, conforme Anexo II.

(II) A gestão de SUAPE é conhecedora do entendimento desta Corte sobre a matéria bem como dos fundamentos técnicos que o embasam, destacando-se que a adoção do percentual em comento é preconizada pelo TCU, no âmbito dos contratos de mesma natureza, celebrados pela União. Vide termos do Acórdão TC nº 1144/2011:

- (...)

- Adotar o percentual máximo de 38% como taxa de referência para as despesas administrativas, conforme percentuais obtidos em estudo realizado pelo TCU, especificando:

84,04% de Encargos Sociais;

20,00% de Custo Administrativo;

9,469% de Despesas Fiscais.

(III) Não se pode olvidar que esta empresa já foi notificada da inconsistência em tela, posteriormente ao Decreto nº 41.059/2014, por ocasião do Acórdão TC nº 1009/2016, que homologou medida cautelar determinando a suspensão da Dispensa de Licitação SUAPE nº 003/2016. Tal aresto apontou, dentre outras inconsistências, a adoção do percentual de 16,62% a título de despesas fiscais, havendo SUAPE, então, se comprometido em reformular o orçamento, mediante termo aditivo, adotando o percentual de 9,469%. É o que se verifica do excerto abaixo, extraído do Inteiro Teor da Deliberação referente ao aludido julgado:

Aos 29 de setembro, SUAPE protocolou o Ofício GAB. DVP. Nº 266/2016, pronunciando-se acerca das irregularidades apontadas no Relatório Preliminar de Auditoria. **No que tange à questão da alíquota tributária majorada utilizada no orçamento de referência, SUAPE se comprometeu a corrigir a falha através de termo aditivo ao contrato. Já no que atine aos demais pontos questionados pela auditoria, em suas**

breves alegações SUAPE não vislumbrou a ocorrência de quaisquer irregularidades.

(IV) É de se destacar que o posicionamento da Corte foi reafirmado, também, por meio do Acórdão TC nº 1108/16 que julgou Agravo Regimental interposto contra o Acórdão TC nº 1009/2016 acima referido;

(V) O teor do Decreto Estadual nº 41.059/2014 é perfeitamente ajustável ao entendimento técnico manifestado, reiteradamente, por meio dos Acórdãos TC nº 1144/2011, TC nº 1009/2016 e TC nº 1108/16 deste Tribunal, pois – repita-se – aquela norma estadual estabelece limites máximos para as despesas fiscais. Nesse sentido, a adoção do limite de 9,469% não representa qualquer prejuízo ao futuro contratado, ao passo que atende à orientação do órgão de controle, investido pela Constituição Federal de competências para apreciar a economicidade e a adequação da despesa pública.

(VI) É cediço que a maioria das empresas prestadoras de serviço é optante do regime de lucro presumido, não se justificando onerar o orçamento estimativo da futura contratação estipulando, pelo limite máximo, percentual previsto para despesas fiscais em face de sociedades que adotem o lucro real.

(grifos constantes no original)

E segue a auditoria desta Corte de Contas:

*Conforme dito anteriormente, o valor relativo a Despesas Fiscais, com a utilização do percentual de 16,62% foi de **R\$374.249,91**, enquanto que o valor correto, utilizando-se o percentual de 9,469%, é **R\$213.223,37**, o que gerou uma superestimativa no valor de **R\$161.026,54**.*

Esta irregularidade já foi objeto de apontamento quando da auditoria das Concorrências Nº 002/2017, Nº 001/2018 e Nº 002/2018 do DER-PE, tendo sido objeto de Medidas Cautelares, referendadas pela 1ª Câmara deste Tribunal de Contas, através dos Acórdãos T.C. Nº 0292/18 e T.C. Nº 0293/18, adiante, determinando ao DER-PE que anulasse essas Concorrências em razão das diversas irregularidades, dentre elas, a que ora se aponta.

PROCESSO TCE-PE Nº 1852657-3

SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 05/04/2018

MEDIDA CAUTELAR

UNIDADE GESTORA: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE PERNAMBUCO – DER/PE

INTERESSADOS: Srs. CARLOS AUGUSTO BARROS ESTIMA E CID DE PAULA GOMES FILHO

RELATORA: CONSELHEIRA TERESA DUERE

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA

ACÓRDÃO T.C. Nº 0292/18

[...]

CONSIDERANDO que o orçamento estimativo desta licitação tem valor total de R\$ 7.589.398,08, sendo que o valor relativo a Despesas Fiscais é de R\$ 1.081.596,60, com a utilização do percentual de 16,62%, contrária à

jurisprudência deste Tribunal de Contas, assentada no sentido de não serem aceitos percentuais, para fins orçamento de Despesas Fiscais, acima de 9,469%, conforme Acórdão T.C. nº 216/17, Primeira Câmara, (que seguiu entendimento já firmado nos Acórdãos T.C. nº 1144/11, T.C. nº 1009/16 e T.C. nº 1108/16), fato que promove um aumento na ordem de R\$ 465.372,88 no valor do Orçamento de Referência;

[...]

Em REFERENDAR a Decisão Interlocutória que deferiu a Medida Cautelar para determinar que o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Pernambuco – DER/PE anule a Concorrência nº 002/2017 e publique um novo edital de licitação com as adequações reclamadas pela auditoria. Comunicar, com urgência, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Pernambuco – DER/PE.

PROCESSO TCE-PE Nº 1852658-5

SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 05/04/2018

MEDIDA CAUTELAR

UNIDADE GESTORA: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM DO ESTADO DE PERNAMBUCO – DER/PE

INTERESSADOS: Srs. CARLOS AUGUSTO BARROS ESTIMA E CID DE PAULA GOMES FILHO

RELATORA: CONSELHEIRA TERESA DUERE

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA

ACÓRDÃO T.C. Nº 0293/18

[...]

CONSIDERANDO que o valor relativo a Despesas Fiscais, com a utilização do percentual de 16,62%, foi R\$ 834.413,33, para a Concorrência no 001/2018, e R\$ 839.774,63, para a Concorrência no 002/2018, enquanto que, utilizando-se o percentual correto de 9,469%, deveriam ser R\$ 475.394,70, para a Concorrência nº 001/2018, e R\$ 478.449,22, para a Concorrência nº 002/2018, ocasionando uma superestimativa de R\$ 953.843,92;

[...]

Em REFERENDAR a Decisão Interlocutória que deferiu a Medida Cautelar, para determinar que o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Pernambuco – DER/PE anule as Concorrências nºs 001/2018 e 002/2018 e publique novos editais de licitação com as adequações reclamadas pela auditoria.

Comunique-se, com urgência, ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Pernambuco – DER/PE.

Rebatendo tal apontamento, a peça defensiva inicia suas considerações afirmando que, “no tocante à alegação de superestimativa, a Administração Pública está adstrita aos comandos do ordenamento jurídico vigente, ainda mais quando expressos e sem margem discricionária”.

E mais:

Na espécie, o Decreto n. 36.872, de 28.07.2011, foi expedido em atenção ao disposto no Acórdão TCE/PE 2129/2010 e no Acórdão proferido pelo TCE/PE na TC 1102951-1, como se pode conferir no preâmbulo da norma em questão.

Neste feito, a respeitável Auditoria entende que a estimativa de Despesas Fiscais no importe de 16,62% sugere superestimação, posto que a norma em comento, na versão vigente, autorizaria a adoção do percentual de 9,469%.

“Todavia, analisando o aquele Decreto tem-se que o Anexo II nominado "Despesas Fiscais" foi acrescido pelo art. 2º do Decreto n. 41.059, de 04 de setembro de 2014, e esse anexo traz previsão específica para aplicação fixa de DF - 16,62%, sem qualquer orientação para o gestor adotar outro percentual”, discordaram os defendentes, que ainda trouxeram as seguintes alegações:

Agindo assim, em estrito cumprimento ao disposto na norma específica, não há se falar em orçamento superestimado e tampouco ato potencialmente lesivo.

Convém sempre lembrar que o citado Decreto foi expedido com base em orientações fiscais técnicas, inexistindo ao gestor público espaço discricionário e tampouco capacidade interpretativa fiscal para modificar os percentuais da carga tributária incidente sobre a contratação almejada.

Eventual desalinhamento da norma executiva com a fiscal há de merecer uma nova atualização pela autoridade constitucionalmente competente para que, então, possa ser exigida outra conduta da Administração Pública.

Isto posto segue PARECER TÉCNICO do Contador desta Secretaria de Saneamento (Anexo II) que faz comparativo entre as empresas que trabalham com Lucro Presumido e as que utilizam o Lucro Real. Ao final, as despesas fiscais de 9,46% ou 16,62% serão identificadas de acordo com opção pela forma de tributação.

Finalmente, na certeza que os esclarecimentos ora prestados serão suficientes para dirimir os questionamentos dessa r. Corte de Contas, aguardamos a habitual presteza desse entre já que temos um licitação em andamento.

Na Nota Técnica expedida nestes autos, a auditoria inicia esclarecendo à defendente que o Acórdão nº 2.129/2010, mencionado por ela como tendo sido prolatado por esta Corte de Contas é, na verdade, do Tribunal de Contas da União (inclusive citado no preâmbulo do próprio Decreto-PE 36.872/2011).

Ademais, destaca que “a discussão sobre os percentuais de despesas fiscais encontra-se no Acórdão Nº 216/2017 deste TCE-PE, o qual já foi citado e transcrito no Relatório Preliminar de Auditoria, concluindo que a jurisprudência do Tribunal de Contas de Pernambuco já é conhecida e exposta em diversos outros Acórdãos mais recentes, o que deveria já ser do conhecimento da SESAN”, arrematando sua análise sobre as considerações defensórias no sentido de não procederem,

restando, assim, mantida a irregularidade apontada no Relatório Preliminar de Auditoria.

A questão do percentual para fins de orçamento de Despesas Fiscais é matéria pacificada na jurisprudência deste órgão de controle externo há quase uma década, no sentido de não serem aceitos percentuais acima de 9,469%. Tal entendimento, como bem demonstrou a auditoria, vem sendo, de tempos em tempos, confirmado nos julgados desta Casa.

As alegações da SESAN para utilizar o percentual de 16,62% já foram devidamente rebatidas em julgamentos pretéritos, alguns trazidos pela área técnica deste Tribunal em suas manifestações nestes autos.

A insistência da Secretaria Municipal em epígrafe em contrariar a jurisprudência deste TCE quanto ao tema ora em tela resta por gerar uma superestimativa no valor de R\$ 161.026,54, o que robustece o entendimento de não ter como prosperar o certame ora em análise nas condições postas.

Isto posto e

CONSIDERANDO que o Processo Licitatório nº 005/2020 CELSS – Tomada de Preços nº 001/2020, da Secretaria de Saneamento da Prefeitura do Recife, cujo objeto é a "ELABORAÇÃO DE ESTUDOS E PROJETOS, APOIO TÉCNICO, GERENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PARA A IMPLANTAÇÃO DE SOLUÇÕES INDIVIDUAIS E/OU COLETIVAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO VISANDO MELHORIAS SANITÁRIAS NAS COMUNIDADES DE INTERESSE SOCIAL LOCALIZADAS NA CIDADE DO RECIFE" possui sérias falhas, detalhadas no Relatório Preliminar de Auditoria produzido pelo Núcleo de Engenharia deste Tribunal (NEG) – Gerência de Auditorias em Licitação de Obras e Serviços de Engenharia (GDAL);

CONSIDERANDO que, da forma como está elaborado o orçamento estimativo (com base no pagamento de remuneração de pessoal, de veículos e de equipamentos, ao invés de ser por pagamento de produtos), finda por ofender o Princípio da Eficiência administrativa, além da questão de poder configurar terceirização ilegal de mão-de-obra, em face da indefinição do objeto do certame;

CONSIDERANDO que o orçamento estimativo da licitação objeto destes autos tem valor total de R\$2.626.054,41, sendo que o valor relativo a Despesas Fiscais é de R\$374.249,91, com a utilização do percentual de 16,62%, contrária à jurisprudência deste Tribunal de Contas, assentada no sentido de não serem aceitos percentuais, para fins orçamento de Despesas Fiscais, acima de 9,469%, conforme Acórdão T.C. nº 216/17, Primeira Câmara (que seguiu entendimento já firmado nos Acórdãos T.C. nº 1144/11, T.C. nº 1009/16 e T.C. nº 1108/16), fato que promove um aumento na ordem de R\$161.026,54 no valor do Orçamento de Referência;

CONSIDERANDO que a sessão de abertura do certame ocorreu no último dia 22 de julho, com a habilitação de 3 (três) empresas, estando na fase de decurso do prazo recursal;

CONSIDERANDO que a instrução deste feito permite a concessão de medida satisfativa (§1º do art. 9º da Resolução TC nº 16/2017);

CONSIDERANDO o opinativo da GDAL/NEG, quanto ao mérito do presente caso, no sentido da expedição de uma Medida Cautelar para que o Gestor da SESAN do Recife anule a licitação ora analisada, “por conter irregularidade insanável”;

CONSIDERANDO, assim, presentes a plausibilidade jurídica do pedido de cautelar apresentado e o *periculum in mora*, em face de elementos iniciais de afronta à Constituição da República, artigos 5º, 37 e 70, e Lei de Licitações, artigos 2º e 3º;

CONSIDERANDO o previsto no art. 71 c/c 75 da CF/88, art. 18 da Lei Estadual nº 12.600/2004 e Resolução TCE/PE nº 16/2017, bem assim o poder geral de cautela, reconhecido expressamente, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (STF: MS 24.510 e MS 26.547);

CONSIDERANDO a jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdãos TC nºs 996/14, 001/16, 0147/17 e 1094/17) no sentido de determinar a anulação de edital quando não se mostra viável a continuidade do certame, uma vez que as correções necessárias somente podem ser viabilizadas a partir de uma nova publicação,

DEFIRO, ad referendum da Segunda Câmara deste Tribunal de Contas, a **MEDIDA CAUTELAR** solicitada pela à Gerência de Auditorias em Licitações de Obras e Serviços de Engenharia (GDAL), deste TCE/PE, para determinar ao Gestor da Secretaria de Saneamento do Recife que anule a Tomada de Preços nº 001/2020 / Processo Licitatório nº 005/2020 CELSS e publique um novo edital de licitação com as adequações reclamadas pela auditoria.

Determino, ademais:

a) a publicação desta Decisão no Diário Oficial eletrônico deste TCE-PE (art. 6º, caput, da Resolução TC nº 16/2017); e

b) o envio de cópia da presente decisão aos demais membros da 2ª Câmara, ao Ministério Público de Contas (MPCO) e à Coordenadoria de Controle Externo (CCE), nos termos do §2º do art. 6º da Resolução TC nº 16/2017.

É o que interessa relatar.

VOTO

Desta forma, como demonstrado acima, após solicitação da equipe técnica e defesa apresentada pelo interessado, restaram presentes os requisitos necessários (*periculum in mora e fumus boni iuris*) para concessão da medida de urgência.

Isto posto e

CONSIDERANDO que o Processo Licitatório nº 005/2020 CELSS – Tomada de Preços nº 001/2020, da Secretaria de Saneamento da Prefeitura do Recife, cujo objeto é a "ELABORAÇÃO DE ESTUDOS E PROJETOS, APOIO TÉCNICO, GERENCIAMENTO E FISCALIZAÇÃO DE OBRAS PARA A IMPLANTAÇÃO DE SOLUÇÕES INDIVIDUAIS E/OU COLETIVAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO VISANDO MELHORIAS SANITÁRIAS NAS COMUNIDADES DE INTERESSE SOCIAL LOCALIZADAS NA CIDADE DO RECIFE" possui sérias falhas, detalhadas no Relatório Preliminar de Auditoria produzido pelo Núcleo de Engenharia deste Tribunal (NEG) – Gerência de Auditorias em Licitação de Obras e Serviços de Engenharia (GDAL);

CONSIDERANDO que, da forma como está elaborado o orçamento estimativo (com base no pagamento de remuneração de pessoal, de veículos e de equipamentos, ao invés de ser por pagamento de produtos), finda por ofender o Princípio da Eficiência administrativa, além da questão de poder configurar terceirização ilegal de mão-de-obra, em face da indefinição do objeto do certame;

CONSIDERANDO que o orçamento estimativo da licitação objeto destes autos tem valor total de R\$2.626.054,41, sendo que o valor relativo a Despesas Fiscais é de R\$374.249,91, com a utilização do percentual de 16,62%, contrária à jurisprudência deste Tribunal de Contas, assentada no sentido de não serem aceitos percentuais, para fins orçamento de Despesas Fiscais, acima de 9,469%, conforme Acórdão T.C. nº 216/17, Primeira Câmara (que seguiu entendimento já firmado nos Acórdãos T.C. nº 1144/11, T.C. nº 1009/16 e T.C. nº 1108/16), fato que promove um aumento na ordem de R\$161.026,54 no valor do Orçamento de Referência;

CONSIDERANDO que a sessão de abertura do certame ocorreu no último dia 22 de julho, com a habilitação de 3 (três) empresas, estando na fase de decurso do prazo recursal;

CONSIDERANDO que a instrução deste feito permite a concessão de medida satisfativa (§1º do art. 9º da Resolução TC nº 16/2017);

CONSIDERANDO, assim, presentes a plausibilidade jurídica do pedido de cautelar apresentado e o *periculum in mora*, em face de elementos iniciais de afronta à Constituição da República, artigos 5º, 37 e 70, e Lei de Licitações, artigos 2º e 3º;

CONSIDERANDO o previsto no art. 71 c/c 75 da CF/88, art. 18 da Lei Estadual nº 12.600/2004 e Resolução TCE/PE nº 16/2017, bem assim o poder geral de cautela, reconhecido expressamente, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal (STF: MS 24.510 e MS 26.547);

CONSIDERANDO a jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdãos TC nºs 996/14, 001/16, 0147/17 e 1094/17) no sentido de determinar a anulação de edital quando não se mostra viável a continuidade do certame, uma vez que as correções necessárias somente podem ser viabilizadas a partir de uma nova publicação,

Voto que esta segunda Câmara HOMOLOGUE a Medida Cautelar, deferida monocraticamente, para determinar ao Gestor da Secretaria de Saneamento do Recife que anule a Tomada de Preços nº 001/2020 / Processo Licitatório nº 005/2020 CELSS.