



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO Nº 40/100.691/2024

DATA: 07/03/2024 FLS.

RUBRICA:

VOTO Nº 130/2022 - DCPN

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

EMENTA:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DENÚNCIA. ASSOCIAÇÃO DAS EMPRESAS DE ENGENHARIA DO RIO DE JANEIRO - AEERJ. CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO - CBIC. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO CCPAR Nº 90079/2024. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO, COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de denúncia formulada pela Associação das Empresas de Engenharia do Rio de Janeiro - AEERJ, entidade sem fins econômicos, representada legalmente por seu Presidente Executivo, Paulo Kendi T. Massunaga, em conjunto com a Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC, na qual são apontadas supostas irregularidades no Edital de Pregão Eletrônico CCPAR nº 90079/2024, realizado pela Companhia Carioca de Parcerias de Investimentos – CCPAR, em conjunto com a Secretaria Municipal de Coordenação Governamental – SMCG.

O referido certame teve por objeto a contratação de empresa para a execução de obras de recuperação, conservação e reforma do Museu de Arte Moderna do Rio de Janeiro – MAM-RIO.

As supostas irregularidades noticiadas no âmbito do edital e do termo de referência do procedimento licitatório em epígrafe, consistiriam, em síntese, nos seguintes pontos:

- 1) O objeto da licitação, apesar de classificado como recuperação ou reforma no edital, seria, na visão da denunciante, obra de grande complexidade, motivo que impossibilitaria a escolha do pregão para o certame;
- 2) Previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura, quando a existência de projeto básico

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

deveria ser pré-requisito da Lei 14.133/2021 para se licitar obras e serviços de engenharia;

3) Suposta necessidade de alteração da matriz de risco ou da taxa de remuneração do contrato com vistas a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; possíveis irregularidades nos riscos econômico-financeiros elencados nos itens 2, 4 e 5 do Anexo XI do Edital; e

4) Disposição editalícia quanto ao direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte que, segundo a associação, deveria ser suprimida, já que não é compatível com o valor previsto para o objeto licitado

A denunciante apresentou impugnação ao edital na via administrativa (Peça 07), a qual não foi acatada pela jurisdicionada (Peça 09).

Em sua peça, requer a esta Corte o deferimento de medida liminar para suspender o aludido Pregão. No que tange ao mérito, requer, ademais, a procedência da presente denúncia, para que sejam corrigidas as supostas irregularidades apontadas:

(i) vedando-se a utilização do pregão eletrônico por se tratar de obras e serviços especiais de engenharia, (ii) reformulando a matriz de riscos de acordo com as inconsistências apontadas, e (iii) excluindo os benefícios às microempresas e EPP diante das alterações advindas da Lei 14.133/2021 e do valor do objeto a ser contratado, (iv) assinalando-se prazo para que o Presidente da CCPAR e o Secretário da SMCG adotem as providências necessárias nesse sentido.

O presente processo foi encaminhado para a Secretaria-Geral de Controle Externo para instrução (Peça 13).

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

A Subcoordenadoria de Análise de Representações e Denúncias, da Secretaria-Geral de Controle Externo, após a análise dos autos, manifesta-se nos seguintes termos (Peça 14):

Ante o exposto, propõe-se:

I. Tramitar preferencialmente o presente processo, nos termos do art. 135, inciso V, do RITCMRio;

II. **Conhecer** a presente denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no art. 199 do RITCMRio;

III. A **improcedência** das seguintes alegações:

- Escolha da modalidade pregão eletrônico para a realização do certame;
- Irregularidades na matriz de riscos, com exceção ao item 5 do Anexo XI do Edital (alteração da carga tributária); e
- Previsão irregular do direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte em razão do valor do objeto contratado.

IV. A **procedência** das seguintes alegações:

- A previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura, quando este deveria ser considerado pré-requisito para licitação; e
- A alocação dos riscos referentes às alterações da carga tributária ao contratado (item 5 do Anexo XI do Edital - matriz de risco econômico-financeiros).

V. Dar ciência, com fundamento no Art. 219, inciso IV, do RITCMRio, aos destinatários descritos no quadro a seguir:



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO Nº 40/100.691/2024

DATA: 07/03/2024 FLS.

RUBRICA:

VOTO Nº 130/2022 - DCPN

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

Destinatários	Secretaria Municipal de Coordenação Governamental (SMCG) Companhia Carioca de Parcerias de Investimentos (CCPAR)
Dar Ciência dos achados:	C.1 - A previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura, quando este deveria ser considerado pré-requisito para licitação. C.2 - O item 5 do Anexo XI do Edital (matriz de risco econômico-financeiros) prevê a alocação dos riscos referentes às alterações da carga tributária ao
	contratado, em descompasso com a legislação que rege a temática.
Motivação	C.1 - Art. 43 ¹⁵ , §1º, da Lei 13.303/2016. C.2 - Art. 37 ¹⁶ , inciso XXI da CFRB/88; art. 134 ¹⁷ , da Lei 13.303/2016.

Cumprе consignar que o não atendimento, sem causa justificada, à decisão do Tribunal poderá ensejar a aplicação de multa, nos termos do inc. IV, do art. 3º, da Lei 3.714/2003.

VI. Cientificar a denunciante, a SMCG e a CCPAR da decisão que vier a ser proferida por esta Corte de Contas; e

VII. Arquivar o presente processo, nos termos do art. 199, § 2º, do RITCMRio.

A SGCE ratifica o entendimento da Especializada e encaminha o feito a este Gabinete (Peça 18).

A douta Procuradoria Especial manifesta-se à Peça 21, em parecer da lavra do Procurador Pedro de Hollanda Dionisio.

Em sua manifestação, o Procurador acompanha o Corpo Técnico quanto à sua proposta de ciência, para que a jurisdicionada proceda à

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

reorientação da atuação administrativa, com a finalidade de evitar a repetição das irregularidades detectadas em certames vindouros.

Contudo, pelo que fundamenta, entende que a segunda ciência proposta pelo Corpo Instrutivo deva ser alterada, para que se deixe claro que apenas a alocação ao particular de riscos relacionados à alteração *“dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato”* está em desacordo com a legislação.

É o Relatório.

No que se refere ao juízo de admissibilidade, constato a presença dos requisitos dos artigos 198 e 199, *caput*, do Regimento Interno desta Corte, razão pela qual conheço da presente denúncia. Superada a admissibilidade, passo, então, à apreciação de seu mérito.

1 - Quanto à suposta impossibilidade da escolha da modalidade pregão.

No que se refere à alegação de suposta impossibilidade da escolha da modalidade pregão, o Corpo Instrutivo entende que o argumento não merece prosperar. Isso, porque a simples alegação de complexidade dos serviços de engenharia não possui o condão de afastar a adequação da referida modalidade de licitação, devendo o denunciante demonstrar, por meio de orientações técnicas e normativas, as razões que impossibilitariam a utilização do pregão, o que, *in casu*, não ocorreu.

Informa, ainda, que, com o advento da Lei nº 14.133/2021, a concorrência e o pregão seguem rito procedimental comum, devendo-se adotar o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser definidos objetivamente por edital, recaindo essa escolha, em razão de seu caráter eminentemente técnico, ao setor técnico competente para definir a natureza do objeto, e enquadrá-lo como obra ou serviço de engenharia.

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

Assim, classificado como serviço de engenharia, compete à equipe técnica indicar, consoante o disposto no art. 6º, XXI, “a” e “b”, da Lei nº 14.133/2021, se esse serviço é comum ou especial.

Neste sentido, importante destacar, como assinalado pela SGCE, que, no julgamento da impugnação ao PE 90079/2024, a jurisdicionada reiterou seu posicionamento de que o certame em tela trata de serviços comuns de engenharia (Peça 16).

A douta Procuradoria Especial, por sua vez, sinalizou que:

“não por outro motivo, entende o E. Tribunal de Contas da União pela sua obrigatoriedade nos casos em que cabível”. Aponta, ainda, a Procuradoria que sobre o tema, “(...) o TCU tem jurisprudência pacífica, sedimentada em sua Súmula nº 257, no sentido de que o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

Assim, entendo que não há que se cogitar da inadequação da via eleita, razão pelo qual considero o argumento improcedente.

2 - Quanto à previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura.

No que se refere ao argumento em questão, o Corpo Técnico destaca que a principal legislação de regência da licitação objeto da presente denúncia é a Lei nº 13.303/2016, tendo sido adotada a modalidade pregão eletrônico, do tipo menor preço global.

Assim, nos termos do artigo 43, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, por ser parte de um edital para a contratação de obras e serviços, o projeto básico não poderia constar, ao menos em regra, como um dos itens a serem objeto de remuneração.

Apesar disso, entendo, em consonância com o Corpo Instrutivo e com a douta Procuradoria Especial, que, em observância ao artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, faz-se

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

necessário ponderar acerca da invalidação de ato administrativo, em razão das consequências jurídicas e administrativas que podem advir das decisões dos órgãos de controle.

A este respeito, o Corpo Instrutivo constatou ampla participação de empresas, num total de 22 (vinte e duas), bem assim a efetiva disputa de lances com redução do preço inicialmente estimado.

Assim sendo, *in casu*, concordo com o Corpo Técnico de que a irregularidade identificada, além de não ter prejudicado a competitividade do certame, não é capaz de ensejar a anulação do contrato celebrado, cabendo, contudo, ciência à jurisdicionada, com o objetivo de que o fato não volte a ocorrer em casos futuros e análogos.

Ressalte-se, ademais, que a adoção de medida drástica por esta Corte de Contas, como a suspensão da obra e a realização de nova licitação, poderia acarretar maiores prejuízos do que benefícios ao interesse público tutelado, entendimento este chancelado pela douta Procuradoria Especial, na qualidade de *custos legis*.

3 - Quanto a possíveis irregularidades na matriz de risco.

A matriz de risco, segundo o inciso XXVII do artigo 6º, da Lei nº 14.133/2021, é entendida como a cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação.

A impropriedade em questão se refere à alocação do risco de alterações dos tributos que podem acarretar aumento de operação.

A este respeito, a denunciante alega a existência de impropriedade, na Matriz de Riscos, da atribuição de eventuais alterações tributárias à responsabilidade exclusiva da contratada.

O Corpo Instrutivo entende que tal posicionamento não encontra amparo no ordenamento jurídico, cabendo a emissão de ciência à

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

jurisdicionada, com a finalidade de prevenir a ocorrência de irregularidade em certames vindouros.

Nada obstante, assinala o Corpo Técnico que a alegação genérica de que os riscos relacionados à variação de custos e taxa de juros além de desafiar a norma contida no artigo 22, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, encontra-se desacompanhada de fundamentações que sustentem a suposta irregularidade levantada, razão pela qual entendo que, no caso em exame, não há elementos suficientes para ensejar uma revisão da matriz de risco nestes itens.

Em sua manifestação, a douta Procuradoria Especial concorda com o Corpo Técnico que o edital não poderia ter alocado ao particular certos riscos envolvendo a alteração de tributos relacionados ao contrato.

Isso porque, conforme assinalado pela Procuradoria, é possível extrair do artigo 103, § 5º, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, uma proibição de que o particular renuncie, na matriz de alocação de riscos, ao reequilíbrio econômico-financeiro, nos casos de aumento ou redução *“dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato”*, *in verbis*:

“§ 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere:

(...) II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato”.

Assim, a douta Procuradoria Especial entende que, por força da exceção contida no inciso II, do § 5º, do art. 103 da Lei nº 14.133/2021, somente o aumento ou a redução por legislação superveniente dos tributos diretamente pagos pelo contratado, em decorrência do

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

contrato, enseja o pedido de reequilíbrio do contrato.

E prossegue a douta Procuradoria:

Há tributos que não são diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato – em outros termos, que são apenas indiretamente relacionados ao contrato –, cujos riscos decorrentes de sua alteração podem ser legitimamente assumidos pelo particular. **É o caso, por exemplo, de tributos pessoais, que incidam sobre as riquezas auferidas pelo particular, e não propriamente sobre os insumos que custeiam o contrato.** Nesse sentido é lição de Marçal Justen Filho: Grifei.

“É necessário, porém, um vínculo entre a incidência tributária e a prestação auferida pelo particular contratado. **Mais precisamente, é indispensável que a incidência tributária não seja orientada a apanhar a riqueza pessoal do particular contratado (...).** Por isso, a lei que aumentar a alíquota do imposto de renda não justificará alteração do valor contratual. O imposto de renda incide sobre o resultado das atividades empresariais, consideradas globalmente (lucro tributável). O valor percebido pelo particular será sujeito, juntamente com o resultado de outras atividades, à incidência tributária. **Se a alíquota for elevada, o lucro final poderá ser inferior. Mas não haverá relação direta de causalidade entre que caracterize rompimento do equilíbrio econômico-financeiro¹**” Grifos meus.

O edital, portanto, não deveria ter sido tão amplo a ponto de incluir entre os riscos assumidos pelo particular toda e qualquer alteração da carga tributária. Como visto, por expressa previsão legal, **não podem ser atribuídos ao contratado riscos relacionados à alteração “dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato”.**

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1445

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

Pelo exposto, entende a Procuradoria Especial, no que concordo, que a segunda ciência proposta pelo Corpo Instrutivo deve ser alterada, para que se deixe claro que apenas a alocação ao particular de riscos relacionados à alteração *“dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato”* está de acordo com a legislação.

4 - Quanto à suposta previsão irregular do direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte em razão do valor do objeto contratado.

A irregularidade noticiada pela denunciante diz respeito à previsão de preferência de contratações de MEs e EPPs em caso de empate.

Neste ponto, acompanho o entendimento do Corpo Instrutivo, chancelado pela douta Procuradoria Especial, de que tal previsão não deveria constar do edital².

Contudo, o Corpo Técnico ressalta que, em consulta ao Termo de Julgamento do Pregão nº 90079/2024 (Peça 17), observou-se que participaram do certame 22 empresas, das quais 8 foram classificadas como ME-EPP/Equiparada.

Assim, ainda que tal cláusula tenha constado do edital – o que se atribui, possivelmente, à utilização das minutas-padrão da douta PGM – no curso do procedimento do certame, o pregoeiro se manteve atento ao valor do objeto acima do limite que permitiria a utilização do direito de preferência, conforme documento extraído do portal Compras.gov, a seguir reproduzido:

² Isso porque o artigo 4º, §1º, II, da Lei nº 14.133/21 dispensa a aplicação das normas que beneficiam tais tipos de organização quando o valor estimado do contrato for superior à receita bruta máxima admitida para o enquadramento de uma sociedade como EPP.



TRIBUNAL DE CONTAS
DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROCESSO Nº 40/100.691/2024

DATA: 07/03/2024 FLS.

RUBRICA:

VOTO Nº 130/2022 - DCPN

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

34.704.735/0001-18		comunicadodestaempresa... R\$ 17.535.900.0000	
Chat			
Proposta			
Valor proposta unitário total	Valor ofertado unitário total	Valor negociado unitário total	
R\$ 20.600.000.0000 R\$ 20.600.000.0000	R\$ 17.535.900.0000 R\$ 17.535.900.0000	-	
Quantidade ofertada	-		
1	-		
Participação desempate ME/EPP	Participação disputa final		
Não se aplica	Não se aplica		
Anexos			

Destarte, considerando que no curso do certame não houve violação do art. 4º da Lei nº 14.133/2021, considero a alegação improcedente.

Por fim, considerando o noticiado pelo Corpo Instrutivo, de que o certame já foi adjudicado e homologado em 20/03/2024, bem assim já houve autorização para despesa em favor da empresa vencedora, entendo que o pedido de tutela antecipada perdeu seu objeto.

Por todo o exposto, **de acordo** com o Corpo Instrutivo e com o parecer da douta Procuradoria Especial;

VOTO:

I – Pelo **CONHECIMENTO** da presente denúncia, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos artigos 198 e 199, *caput*, do Regimento Interno desta Corte de Contas;

II – Pela **IMPROCEDÊNCIA** das seguintes alegações:

- Irregularidade na escolha da modalidade pregão eletrônico para a realização do certame;
- Irregularidades na matriz de riscos, com exceção ao item 5 do Anexo XI do Edital (alteração da carga tributária); e
- Previsão irregular do direito de preferência das microempresas e empresas de pequeno porte em razão do valor do objeto contratado;

III – Pela **PROCEDÊNCIA** das seguintes alegações:

- A previsão de remuneração de item de projeto básico de

GCS 5 - GABINETE DO CONSELHEIRO DAVID CARLOS PEREIRA NETO

arquitetura, quando este deveria ser considerado pré-requisito para licitação; e

- Os riscos referentes às alterações da carga tributária somente podem ser alocados ao contratado nos casos que envolvam "*tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato*" (item 5 do Anexo XI do Edital - matriz de risco econômico-financeiros);

IV – Pela PERDA DO OBJETO do pedido de tutela antecipada;

V – Pela CIÊNCIA, com fundamento no artigo 219, inciso IV, do Regimento Interno deste Tribunal, à Secretaria Municipal de Coordenação Governamental (SMCG) e à Companhia Carioca de Parceiros de Investimentos (CCPAR), de que atente às seguintes impropriedades, de maneira a prevenir a sua reincidência:

C.1 - A previsão de remuneração de item de projeto básico de arquitetura, quando este deveria ser considerado pré-requisito para licitação; e

C.2 - O Item 5 do Anexo XI do Edital (matriz de risco econômico-financeiro) prevê a alocação dos riscos referentes às alterações da carga tributária ao contratado. Por expressa previsão legal, não podem ser atribuídos ao contratado riscos relacionados à alteração "dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato".

VI – Pelo ARQUIVAMENTO dos autos, nos termos do inciso III do art. 143, do Regimento Interno deste Tribunal.

Em de de 2024.

DAVID CARLOS PEREIRA NETO
Conselheiro Relator