

**Número 253**

**Sessões: 28 e 29 de julho de 2015**

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitação e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. O objetivo é facilitar ao interessado o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do Tribunal na área. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos *links* disponíveis. As informações aqui apresentadas não são repositórios oficiais de jurisprudência.

**SUMÁRIO**

**Plenário**

1. A opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do art. 9º da Lei 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações), que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.

2. Os orçamentos estimativos das contratações da Petrobras são de natureza pública. Não são dados imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, nem constituem segredo comercial da companhia, estando, assim, fora do alcance dos arts. 155, § 1º, da Lei 6.404/76, 1.190 e 1.191 do Código Civil.

3. O § 4º do art. 42 da Lei 8.666/93 poderá ter sua aplicação afastada, nas concorrências de âmbito internacional realizadas com recursos provenientes de agências oficiais de cooperação estrangeira ou de organismos financeiros multilaterais de que o Brasil seja parte, quando incompatível com as regras estabelecidas por essas entidades, exceto se tais regras implicarem inobservância de princípios da Constituição Federal brasileira relativos a licitações públicas.

**Segunda Câmara**

4. É vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal. A partir da edição do Decreto 7.568/11, tornou-se obrigatória a seleção de Oscips por meio de publicação de edital de concursos de projetos.

**PLENÁRIO**

**1. A opção pelo regime de contratação integrada exige, nos termos do art. 9º da Lei 12.462/11 (Regime Diferenciado de Contratações), que haja justificativa sob os prismas econômico e técnico. No econômico, a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução. No técnico, deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público.**

Mediante monitoramento, o Tribunal examinou o cumprimento das determinações expedidas pelo Acórdão 2547/2014-Plenário para correção de irregularidades verificadas no edital de concorrência RDC presencial, com regime de execução por contratação integrada e critério de julgamento do tipo menor preço, promovida pela Secretaria de Infraestrutura Hídrica do Ministério da Integração Nacional (SIH/MI), para a execução das obras de implantação do Ramal do Agreste Pernambucano, integrante do Projeto de Integração do Rio São Francisco (Pisf). Dentre as irregularidades apontadas, destacara-se a “*adoção de regime de execução contratual inadequado ou antieconômico*”, a qual motivara determinação à SIH/MI para que realizasse “*estudo conclusivo acerca do regime de execução mais apropriado para o caso concreto, em especial justificando a vantajosidade econômica que a contratação integrada teria, em virtude do incremento de R$ 123 milhões relativos à taxa de risco*”. A SIH/MI justificou a sua escolha com base em comparação entre o regime de empreitada por preço unitário e o regime de contratação integrada, destacando, dentre outros aspectos, que a contratação integrada seria mais vantajosa “*em virtude de o adicional de risco adotado (...) ser inferior ao percentual esperado de alterações contratuais, caso fosse adotada a empreitada por preço unitário*”. Ressaltou ainda a “*economia em função da menor possibilidade de aditivos*”, em relação aos contratos do Pisf celebrados por preço unitário. Ao analisar o ponto, o relator considerou as justificativas apresentadas insatisfatórias quanto ao aspecto econômico, resgatando as suas considerações realizadas na análise preliminar dos autos: “*O artigo 8º da Lei 12.462/2011 estabelece os possíveis regimes de execução para obras e serviços de engenharia e, conforme §1º, elenca três regimes preferenciais: empreitada por preço global, empreitada integral e contratação integrada. Além disso, o caput do artigo 9º, em que pese confirmar a possibilidade da adoção da contratação integrada para obras de engenharia, condiciona tal opção à existência de justificativa técnica e econômica”*. No caso concreto, “*observo que o Ministério da Integração Nacional não demonstrou a vantagem econômica que a escolha do regime de execução contratação integrada traz ao certame, em especial em relação ao regime de execução empreitada integral, também considerado regime preferencial pela Lei do RDC* ”. Além disso, continuou, “*a mera comparação direta de possíveis aditivos contratuais da ordem de 25% com a taxa de risco de 10,98% não deve prosperar, em especial por partir de pressuposto de que o projeto executivo aprovado seria deficiente, bem como em virtude da possibilidade da deficiência dos projetos ser em desfavor da administração pública, onerando excessivamente a contratação*”. Explicou o relator que “*a motivação do uso da contratação integrada sob um prisma econômico, conforme estatuído pelo caput do art. 9º do RDC, deve preferencialmente demonstrar em termos monetários que os dispêndios totais realizados com a implantação do empreendimento sejam inferiores aos obtidos caso fossem utilizados os demais regimes de execução, não podendo a fundamentação apresentada se limitar a argumentos genéricos e subjetivos*”. Destacou, ainda, que “*também deve haver justificativa de cunho técnico para a utilização da contratação integrada, dada a redação do art. 9º, caput, da Lei 12.462/2011”.* Sobre a questão, relembrou o

[Acórdão 1510/2013-Plenário](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2013&numero=1510&colegiado=P), segundo o qual “*as características do objeto devem permitir que haja a real competição entre as contratadas para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público (...). Os ganhos advindos da utilização da contratação integrada devem compensar esse maior direcionamento de riscos aos particulares. Essa demonstração é o cerne para a motivação da vantagem para utilizar o novo regime*”. Nesse sentido, quanto à motivação de ordem técnica, explicou o relator que “*a contratação integrada teria como objetivo possibilitar ao contratado a incorporação de novas soluções e metodologias construtivas. Seria uma verdadeira licitação do tipo ‘melhor engenharia’, em que a empresa licitante com soluções técnicas mais adequadas e metodologias inovadoras estaria apta a ofertar as propostas com condições mais vantajosas para a Administração. As empresas competiriam tanto em termos de custos e margens de lucro utilizados em suas propostas quanto em termos de eficiência e tecnologia aplicada à execução do objeto*”. Nesse aspecto, o relator concordou, alinhado à unidade instrutiva, que “*tal condição se aplicaria ao Ramal do Agreste, tendo em vista a existência de estruturas complexas como túneis, barragens e aquedutos*”. Em síntese, concluiu o relator que “*o órgão contratante usufruiria dos benefícios decorrentes de adoção de metodologias diferenciadas e/ou soluções técnicas alternativas com a adoção do regime da contratação integrada, notadamente em objetos de complexidade singular (...)*. *Por outro lado, deverão ser utilizados os demais regimes de execução contratual nos objetos mais simples, que admitam soluções semelhantes, ou em que as diferenças metodológicas sejam mínimas ou pouco relevantes para o contratante*”. A despeito da deficiência na motivação apresentada para a escolha da contratação integrada, o relator ponderou a importância do empreendimento e a conclusão da licitação para considerar atendidas as determinações contidas no acórdão monitorado, tendo o colegiado acolhido a proposta. [***Acórdão 1850/2015-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2015&numero=1850&colegiado=P)***, TC 011.588/2014-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 29.7.2015.***

**2. Os orçamentos estimativos das contratações da Petrobras são de natureza pública. Não são dados imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, nem constituem segredo comercial da companhia, estando, assim, fora do alcance dos arts. 155, § 1º, da Lei 6.404/76, 1.190 e 1.191 do Código Civil.**

Em processo constituído a partir de Relatório de Auditoria nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima em Recife/PE, sob responsabilidade da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), o Tribunal apreciou petição protocolada pela Petrobras, em que esta solicita a reforma do [Acórdão 1.319/2011-Plenário](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2011&numero=1319&colegiado=P), modificado pelo [Acórdão 1.784/2011-Plenário](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2011&numero=1784&colegiado=P), que deferiu aos consórcios contratados a concessão de cópias e/ou vistas de peças do processo original, que continham informações classificadas como sigilosas pela estatal, a fim de subsidiar suas defesas nos autos. Especificamente, a Petrobras se insurgiu contra a disponibilização das planilhas elaboradas pela unidade técnica do TCU para a apuração de sobrepreço nos contratos celebrados com os consórcios. Em defesa da modificação da deliberação mencionada, a Petrobras alegou, dentre outros argumentos que: *“a) a planilha contém dados sigilosos ‘de modo que sua publicidade só pode ser concedida caso autorizada pela autoridade competente*’*; b)* *o art. 155, § 1º, da Lei 6.404/1976 e o art. 86, inciso IV, da Lei 8.443/1992 impõem o dever de sigilo ao Tribunal*”. Ao analisar o caso, o relator registrou que “*a classificação de uma informação quanto à confidencialidade deve levar em conta a Constituição, as leis e os princípios jurídicos que regem a Administração Pública. Nesse sentido, não pode o administrador atribuir livremente a pecha de sigilosa a uma informação sem respeitar as disposições normativas pertinentes, pois se assim o fizer estará agindo em abuso de direito*”. Ao traçar o panorama normativo sobre a matéria, o relator destacou os itens 1.8.1 e 5.2 do Decreto 2.745/98, que regulamenta as licitações da Petrobras: “*1.8.1 A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis a todos os interessados os atos de seu procedimento. 5.2 O pedido de licitação deverá conter, dentre outros, os seguintes elementos: I – No caso de obra ou serviço: a) descrição das características básicas e das especificações dos trabalhos a serem contratados*”. Nesse contexto, concluiu que “*as informações do orçamento, por absoluta imposição normativa, são de natureza pública e não se enquadram em nenhuma hipótese de sigilo especificada nas normas de regência. Além de não serem dados imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, não constituem segredo comercial da companhia, estando, portanto, fora do alcance dos arts. 155, § 1º, da Lei nº 6.404/1976, e 1.190 e 1.191 do Código Civil*”. Acrescentou ainda o relator que *“não se trata de conflito de princípios constitucionais a ser resolvido por meio da técnica da harmonização e da concordância prática. Ainda que a validade jurídica do Decreto 2.745/1998 possa ser questionada, principalmente por questões formais, o fato é que o Presidente da República, ao regulamentar a matéria, deu conteúdo aos princípios da publicidade e da proteção do segredo comercial, excluindo da esfera deste último as informações relativas aos orçamentos das licitações da Petrobras”*. Diante do exposto, o relator considerou incorreto o procedimento da Petrobras, “*que indevidamente qualificou como sigilosas as suas estimativas de custo, mesmo havendo norma expressa dispondo de forma contrária*”, ressaltando ainda que “*as informações extraídas do orçamento estimativo da Petrobras serviram de base para o cálculo do sobrepreço e, portanto, devem ser franqueados aos responsáveis, sob pena de se restringir, ilegitimamente, o direito de defesa”.* O Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, rejeitou o pedido formulado pela estatal, mantendo inalterado o acórdão questionado, e reabriu prazo para que os consórcios exerçam seu direito de defesa, nos termos deferidos na deliberação. [***Acórdão 1854/2015-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2015&numero=1854&colegiado=P)***, TC 046.098/2012-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 29.7.2015.***

**3. O § 4º do art. 42 da Lei 8.666/93 poderá ter sua aplicação afastada, nas concorrências de âmbito internacional realizadas com recursos provenientes de agências oficiais de cooperação estrangeira ou de organismos financeiros multilaterais de que o Brasil seja parte, quando incompatível com as regras estabelecidas por essas entidades, exceto se tais regras implicarem inobservância de princípios da Constituição Federal brasileira relativos a licitações públicas.**

Consulta formulada pelo então Ministro de Estado da Fazenda questionara sobre os critérios de avaliação de propostas aplicáveis a licitações públicas brasileiras financiadas com recursos do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird), considerando a correta aplicação dos parágrafos 4º e 5º do art. 42 da Lei 8.666/93. Em síntese, o consulente solicitara esclarecimentos sobre qual interpretação deve sobressair, “*se aquela em que prevalecem as prescrições da entidade financiadora ou as da Lei de Licitações*”. Em juízo de mérito, o relator registrou que a jurisprudência dominante do Tribunal é no sentido de que as regras licitatórias da entidade financiadora devem prevalecer, “*desde que sejam observados o princípio do julgamento objetivo e os demais princípios de ordem Constitucional aplicáveis aos certames*”. Sobre o caso em exame, esclareceu que “*a incompatibilidade entre as referidas normas se estabelece na medida em que o § 4º do art. 42 da Lei de Licitações determina que propostas apresentadas por licitantes estrangeiros devem ser acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda. Por outro lado, o subitem 2.21 das Diretrizes de Aquisições do BIRD dispõe regras próprias para apresentação dos preços para fins de comparação de propostas*”. Explicou o relator que, de acordo com as regras do organismo internacional, para os bens a serem ou que já tiverem sido importados, os licitantes devem cotar seus preços tomando como base o “local de destino” (CIP). “*O preço CIP corresponde ao preço no local do destino, acrescido dos custos do transporte e do seguro, porém não inclui tributos de importação ou tarifas aduaneiras*”. No caso de bens manufaturados ou montados no país do mutuário, as propostas devem ser comparadas com base no "custo de fábrica" ou "preço de fábrica" (EXW). “*Esse valor engloba todos os tributos que incidiram na produção ou na montagem do equipamento, assim como o seguro e o transporte terrestre para levar os bens a seu destino final*”, e não inclui os tributos que incidem sobre a operação final de venda (IPI, ICMS e outros). Diante do exposto, o relator concluiu que as normas do Bird “*não implicam ofensa ao princípio da isonomia, considerando que, de fato, não há vantagem dos bens importados sobre aqueles fabricados no Brasil que justifique o acréscimo requerido pelo § 4º do art. 42 da Lei 8.666/1993. Isso porque, se os produtos estrangeiros não são onerados dos gravames consequentes dos tributos e taxas de importação, os brasileiros, por sua vez, não sofrem incidência de ICMS e IPI, para fins de comparação de propostas. Um ajuste nos moldes daquele dispositivo acabaria por desequilibrar esse cotejo entre os preços dos bens nacionais e importados*”. Assim, concluiu o relator que “*o § 4º do referido artigo poderá ter sua aplicação afastada, vez que resta configurada sua incompatibilidade com o item 2.21 das Diretrizes de Aquisições do Grupo Banco Mundial, e que este não viola o princípio do julgamento objetivo e os demais princípios constitucionais aplicáveis às licitações*”. Acolhendo a proposta do relator, o Plenário conheceu da Consulta para responder, no ponto, à autoridade consulente que “*atendidos todos os pressupostos previstos no art. 42, § 5º, da Lei 8.666/1993 para que possam ser admitidas as condições previstas pelas entidades ali mencionadas quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública Federal, o § 4º do art. 42 da mesma lei poderá ter sua aplicação afastada, caso seja incompatível com as regras estabelecidas por essas entidades, exceto se tais regras implicarem em inobservância de princípios da Constituição Federal brasileira relativos a licitações públicas*”. [***Acórdão 1866/2015-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2015&numero=1866&colegiado=P)***, TC 028.518/2014-4, relator Ministro José Múcio Monteiro, 29.7.2015.***

**SEGUNDA CÂMARA**

**4. É vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal. A partir da edição do Decreto 7.568/11, tornou-se obrigatória a seleção de Oscips por meio de publicação de edital de concursos de projetos.**

Representação da Advocacia-Geral da União (AGU) apontara possíveis irregularidades ocorridas na Prefeitura Municipal de Rio Branco do Sul (PR), relacionadas à contratação de empresas de transporte escolar e à terceirização da saúde municipal, dentre elas, a utilização de modalidade incorreta de seleção de Oscip, por meio de processos licitatórios nas modalidades de concorrência e tomadas de preços, em detrimento do concurso de projetos. Em sua análise, a unidade técnica acolheu as justificativas dos responsáveis, tendo em vista estudo promovido por grupo de trabalho constituído pelo TCU a respeito da matéria, o qual concluiu que “*não se pode ter como irregulares processos de seleção de Oscips para contratação com o Poder Público mediante processos licitatórios regidos pela Lei 8.666/1993 e pela Lei 10.520/2002, antes da edição do Decreto 7.568/2011*”. Ao analisar o caso, a relatora esclareceu que “*a Lei 9.790/1999 dispôs sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e instituiu o termo de parceria como o instrumento a ser utilizado na formação de vínculo de cooperação entre o Poder Público e as referidas entidades, visando ao fomento e à execução das atividades de interesse público previstas naquela norma. A forma de escolha dessas entidades, entretanto, foi objeto de regulamentação no Decreto 3.100/1999, que fixou como possível a seleção de Oscips por meio de publicação de edital de concursos de projetos. A utilização da citada modalidade apenas tornou-se obrigatória com a edição do Decreto 7.568, em 16 de setembro de 2011*”. Nesse sentido, endossando a análise da unidade instrutiva, a relatora registrou que, no caso concreto, todos os processos concorrenciais sob exame foram realizados em data anterior ao Decreto 7.568/11, motivo pelo qual a participação das Oscips nas licitações, fundamentadas na Lei 8.666/93 ou na Lei 10.520/02, não poderia ser considerada irregular. Com efeito, embora desejável desde sua instituição, apenas a partir do citado regulamento tornou-se obrigatória a seleção de Oscip por meio de concursos de projetos. O Tribunal, alinhado ao voto da relatora, acolheu as justificativas dos responsáveis, dando ciência ao Município que “*é vedado às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP, nessa condição, participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública Federal*”. [***Acórdão 4652/2015-Segunda Câmara***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2015&numero=4652&colegiado=2)***, TC 004.078/2012-8, relatora Ministra Ana Arraes, 28.7.2015.***

|  |
| --- |
| ***Elaboração: Secretaria das Sessões******Contato:*** ***infojuris@tcu.gov.br*** |