

**Número 255**

**Sessões: 11 e 12 de agosto 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 dispensa de licitação, em casos de emergência ou calamidade pública (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93), apenas é cabível se o objeto da contratação direta for o meio adequado, eficiente e efetivo de afastar o risco iminente detectado.

2. Para apuração de superfaturamento em contratos de obras públicas, admite-se a utilização de valores obtidos em notas fiscais de fornecedores das contratadas como parâmetro de mercado (acrescido dos custos indiretos e do BDI), quando não existirem preços registrados nos sistemas referenciais e o insumo provier de um mercado monopolístico.

3. Para fins de dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93, entende-se por controlada a empresa em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, em analogia ao conceito do art. 165, § 5º, inciso II, da Constituição Federal, que baliza a noção de empresa controlada.

**Segunda Câmara**

4. As Organizações Sociais, em suas contratações mediante uso de verbas públicas, não estão sujeitas à observância dos estritos procedimentos das normas gerais de licitações e contratos aplicáveis ao Poder Público, e sim aos seus regulamentos próprios, pautados nos princípios gerais aplicáveis à Administração pública.

**PLENÁRIO**

**1. A dispensa de licitação, em casos de emergência ou calamidade pública (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93), apenas é cabível se o objeto da contratação direta for o meio adequado, eficiente e efetivo de afastar o risco iminente detectado.**

Representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Prefeitura Municipal de Mirassol apontara, dentre outras ocorrências, suposta dispensa indevida de licitação, sem a caracterização de situação emergencial, para a contratação das obras de reconstrução da canalização e da ponte do Córrego Piedade. A unidade técnica concluiu que a contratação direta efetuada pelo ente municipal não atendera ao disposto no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/93. O relator, endossando a análise técnica, esclareceu que a causa da situação de emergência fora a ocorrência de fortes chuvas em dezembro de 2009, e que, em agosto de 2010, a emergência ainda perdurava “*uma vez que a área atingida pela enxurrada continuava sujeita a risco de perecimento ou deterioração, ou seja, permanecia a situação de risco à integridade física das pessoas e a bens particulares e públicos da região*”. Contudo, ressaltou o relator, “*a despeito de os recursos estarem disponíveis em agosto de 2010 e de os pareceres técnicos apontarem a necessidade imediata de início das obras, de forma a permitir a sua conclusão antes do início das próximas chuvas, o Prefeito Municipal somente efetivou a aludida contratação direta em 17/12/2010, ou seja, já no início do período chuvoso*”. Acrescentou ainda que “*tal demora, a qual não foi devidamente justificada pelo responsável, não se coaduna com o disposto na Decisão 347/1994-Plenário, lavrada em sede de consulta, segundo a qual restou consignado que um dos requisitos necessários para a caracterização de emergência e calamidade pública, para fins de contratação direta com dispensa de licitação é ‘que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado’* ”. Ou seja, “*aplica-se, ao caso, uma espécie de juízo de proporcionalidade, de adequação entre meios e fins. Se não for possível suprimir o risco de dano por meio da contratação direta, inexiste cabimento da dispensa da licitação*”. Nesse contexto, concluiu o relator que a contratação direta “*realizada somente em dezembro de 2010, não constituía medida idônea para eliminar o risco existente, uma vez que se fazia impossível concluir as obras, antes do período das chuvas*”, ressaltando ainda que “*o período em que o ajuste foi assinado parecia impróprio até mesmo para a execução dos serviços*”, uma vez que houve atraso na sua realização “*justamente em razão da intensidade de chuvas registrada nos primeiros quatro meses de 2011*”. O Tribunal, acolhendo o voto da relatoria, julgou procedente a Representação, aplicando ao responsável a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92. [***Acórdão 1987/2015-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2015&numero=1987&colegiado=P)***, TC 001.386/2013-1, relator Ministro Benjamin Zymler, 12.8.2015.***

**2. Para apuração de superfaturamento em contratos de obras públicas, admite-se a utilização de valores obtidos em notas fiscais de fornecedores das contratadas como parâmetro de mercado (acrescido dos custos indiretos e do BDI), quando não existirem preços registrados nos sistemas referenciais e o insumo provier de um mercado monopolístico.**

Relatório de Inspeção realizada no Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (Dnocs) apontara indícios de sobrepreço em contrato destinado à construção da infraestrutura básica de irrigação do Projeto Tabuleiro de Russas - 2ª Etapa, em especial no item “tubos de ferro fundido”. Ao analisar as oitivas regimentais, o auditor instrutor contestou a metodologia utilizada pela equipe de fiscalização para apuração do sobrepreço, destacando que *“embora a utilização das notas fiscais para verificação da compatibilidade dos preços contratados com aqueles praticados pelo mercado seja juridicamente possível, não se afigura a melhor solução, no presente caso concreto, uma vez que tal metodologia ‘somente se mostra possível quando a diferença entre os preços do orçamento e aqueles efetivamente incorridos são irrazoáveis, desproporcionais ou inaceitáveis’* ”. Nesse sentido, concluiu o auditor pela inexistência de sobrepreço, uma vez que a diferença a maior observada nos preços contratuais seria de apenas 1,28% do preço total do ajuste na data base de abril/2008, obtida em uma amostra de apenas 49,24% do contrato. O diretor e o titular da unidade técnica, porém, divergiram desse entendimento. Ressaltou o diretor que as diferenças observadas nos preços contratuais a partir do exame das notas fiscais (situadas entre 26% e 71%, com uma variação média ponderada de 53%), não estariam “*numa faixa de variabilidade aceitável de mercado, não podendo, portanto, ser excluída* [a amostra formada por tubos de ferro fundido] *da análise total do sobrepreço realizada”.* O titular da unidade técnica acrescentou que "*não havia, nos sistemas de referência oficiais e subsidiários, paradigmas de preço na data-base de abril/2008*”, e que a empresa que emitira as notas fiscais seria “*o único produtor e fornecedor de tubos de ferro fundido no Brasil, operando em um mercado monopolista, o que levou à descontinuidade da divulgação da referência de mercado pelo IBGE no âmbito do Sinapi*”. O relator, endossando as conclusões do diretor e do titular da unidade técnica, ressaltou que, conforme os [Acórdãos 157/2009-Plenário](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2009&numero=157&colegiado=P) e [993/2009-Plenário](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2009&numero=993&colegiado=P), “*o uso das notas fiscais para apuração de sobrepreço em contratos de obras públicas se mostra possível desde que haja ‘incoerências grosseiras nos preços dos insumos, e nas hipóteses em que tais inconsistências sejam materialmente relevantes e capazes de propiciar um enriquecimento ilícito do contratado’* ” . Sobre o caso em exame, destacou o relator que, para formar o preço de referência, a unidade técnica utilizara “*o custo direto de aquisição da contratada junto ao fabricante (...) acrescido dos seguintes custos: Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI de 5%, Diferença de Alíquota do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS de 3% e frete de 20%*”, fazendo ainda incidir, sobre o custo total obtido, o percentual de 35,22%, referente ao BDI do contrato. Diante do exposto, concluiu o relator que o preço de referência obtido “*levou em conta todos os custos envolvidos na cadeia de fornecimento dos insumos, não havendo, portanto, nenhum reparo a fazer na metodologia usada pela unidade técnica*”. Além disso, destacou o relator o conservadorismo da análise realizada pela unidade técnica, uma vez que adotara o BDI contratual de 35,22 %, “*percentual bem acima do atualmente aceito pelo Tribunal como adequado”,* utilizando ainda notas fiscais “*emitidas entre janeiro e março de 2009 como base para a obtenção do preço de referência de abril/2008, quase um ano antes*”. Por fim, ao rebater novos argumentos de defesa apresentados pela contratada, a qual invocara precedentes do Tribunal que afastaram o uso dos custos incorridos pelo contratado como base para a obtenção do preço de mercado ([Acórdãos 910/2014-Plenário](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2014&numero=910&colegiado=P) e [2784/2012-Plenário](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2012&numero=2784&colegiado=P)), o relator registrou que “*não se nega que esse é o entendimento correto à luz do regime jurídico dos contratos administrativos e do próprio sistema econômico do país que prega a liberdade de iniciativa e a busca do lucro”*. Contudo, ressalvou, “*em situações extremas como a que ora se enfrenta, em que não existem preços nos sistemas referenciais e o insumo analisado foi adquirido em um mercado monopolístico, julgo que o valor obtido das notas fiscais, acrescido de custos indiretos e BDI acima do atualmente aceito pelo TCU, constitui um parâmetro seguro do valor de mercado do bem. Tomando por base a ideia de abuso de direito e os princípios da boa-fé contratual e do não enriquecimento sem causa, entendo que os preços praticados pela contratada excedem o limite do razoável, não podendo ser considerados compatíveis com os de mercado*”. Caracterizado o dano ao erário, o Tribunal, pelos motivos expostos pelo relator, decidiu converter os autos em tomada de contas especial, determinando à unidade técnica, dentre outras medidas, que “*envide esforços para ampliar a amostra de itens do Contrato (...) a ser usada para a análise da ocorrência de sobrepreço, averiguando, inclusive, as pesquisas de preço eventualmente realizadas pelo Dnocs com vistas ao exame da economicidade do ajuste antes do início da execução contratual*”. [***Acórdão 1992/2015-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2015&numero=1992&colegiado=P)***, TC 028.869/2011-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 12.8.2015.***

**3. Para fins de dispensa de licitação com fundamento no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93, entende-se por controlada a empresa em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, em analogia ao conceito do art. 165, § 5º, inciso II, da Constituição Federal, que baliza a noção de empresa controlada.**

Representação formulada por unidade técnica especializada do TCU questionara possíveis irregularidades em processo de aquisição de participação acionária em empresa de transporte aéreo de cargas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), com o fito de, posteriormente, contratá-la diretamente, mediante a dispensa de licitação capitulada no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93. Em preliminar, relembrou o relator que a ECT logrou modificar seu objeto social, que passou a admitir, dentre suas competências, *“a exploração dos serviços postais de logística integrada, financeiros e eletrônicos”*, podendo, para tal, *“constituir subsidiárias”* e *“adquirir o controle ou participação acionária em sociedades empresárias já estabelecidas”*, mediante alterações introduzidas pela Lei 12.490/11 no Decreto-Lei 509/69, o qual criou a empresa. Segundo o relator, *“é com base em tal permissivo que a ECT está em processo de aquisição de uma empresa para operacionalizar o transporte aéreo da carga postal”*. E, a teor da Representação oferecida pela unidade técnica, tal processo poderia resultar em dano ao erário ou irregularidade grave, por controversa a contratação direta, com esteio no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/93, de empresa em que a estatal contratante venha a possuir participação acionária minoritária, como no caso analisado. Segundo a representante, contratações diretas nesses moldes poderiam configurar *“burla à licitação e consequente inobservância aos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, entre outros”*. Realizadas as oitivas regimentais, anotou o relator que a primeira questão a ser discutida nos autos é a própria motivação para a aquisição da participação societária em comento, que, conforme concluiu a unidade instrutiva, está alicerçada na *“possibilidade de contratá-la* [a empresa aérea] *diretamente, com base no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993”*. Tal intenção restara evidente em consulta formulada pela ECT à Advocacia-Geral da União, acerca da possibilidade legal da contratação direta de subsidiárias e da aquisição de controle e participação acionária em empresas estabelecidas, com o fito de contratá-las por dispensa de licitação. Analisando esse modelo de negócios, o relator registrou que, basicamente, trata-se de *“formar sociedades com companhias por intermédio de participações acionárias minoritárias, para que, em seguida, as empresas prestem serviços para a entidade pública, mediante contratação direta”*. Tal estratégia, prosseguiu, *“parece ter sido idealizada para possibilitar a flexibilização da atuação do Estado, com o fito de liberar determinadas áreas ou atividades das empresas estatais dos procedimentos burocráticos e formais impostos aos órgãos públicos em geral, tais como: (...) subordinação às normas de licitações e contratos administrativos (art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993); etc.”*. No que respeita à hipótese de dispensa de licitação pretendida (contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços), anotou o relator que *“para os fins de direito público regulados pela Lei 8.666/1993 (licitações e contratos da Administração Pública), a definição do termo ‘controlada’ deve ser a mesma que apresenta em outras normas jurídicas de natureza pública. Como dito, o art. 165, § 5º, inciso II, da CF/1988, inserido em capítulo que trata de finanças públicas, faz menção às ‘empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto’, que é a noção que passou a balizar o conceito de empresa controlada no nível infraconstitucional”*. Nesse sentido, prosseguiu*, “não me afigura plausível a tese de que uma empresa investida com participação estatal minoritária não seja ‘controlada’ para os fins do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 (o que causaria sua subordinação às normas de licitações e contratos administrativos), mas que se pretenda ‘controlada’ para os fins do art. 24, inciso XXIII, da mesmíssima Lei (o que dispensaria a licitação para a sua contratação). Reputo mais crível que o sentido do termo ‘controlada’ seja um só em todo o corpo da Lei 8.666/1993”*. Nesse sentido, asseverou o relator não ter dúvidas que *“a vontade legislativa para os fins de direito público regulados pela Lei 8.666/1993 foi dispensar o procedimento licitatório somente entre entes da Administração nos quais o Estado detém a titularidade da maioria do capital votante, a fim de dar atendimento aos interesses públicos, transcendentes aos meramente privados”*. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta da relatoria, para, dentre outros comandos, julgar procedente a Representação, assinando prazo para que a ECT anule o processo de aquisição de participação acionária objeto da representação, cientificando a empresa de que *“para fins de aplicação do art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, entende-se por controlada a empresa em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, em analogia ao conceito insculpido no art. 165, § 5º, inciso II, da CF/1988, que baliza a noção de empresa controlada para fins de direito público no nível infraconstitucional”*. [***Acórdão 1985/2015-Plenário***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2015&numero=1985&colegiado=P)***, TC 001.577/2015-8, relator Ministro Bruno Dantas, 12.8.2015.***

**SEGUNDA CÂMARA**

**4.** **As Organizações Sociais, em suas contratações mediante uso de verbas públicas, não estão sujeitas à observância dos estritos procedimentos das normas gerais de licitações e contratos aplicáveis ao Poder Público, e sim aos seus regulamentos próprios, pautados nos princípios gerais aplicáveis à Administração pública.**

Recurso de Reconsideração interposto pela organização social Associação Instituto Nacional de Matemática Pura e Aplicada questionou deliberação mediante a qual o Tribunal determinara à entidade que adequasse seu Regulamento de Aquisições de Bens e Serviços *“às regras previstas no Decreto nº 5.504/2005, a fim de que essa Entidade passe a utilizar a modalidade licitatória ‘pregão’, preferencialmente na forma eletrônica, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos, evitando-se a contratação direta”*. Analisando o mérito recursal, anotou o relator que *“não deve ser exigido das Organizações Sociais — que não são integrantes da Administração Pública, e, portanto, não são destinatárias da obrigatoriedade de licitar, segundo a conceituação que se extrai da Constituição Federal (art. 22, inciso XXVII, e art. 37, inciso XXI) — a submissão às mesmíssimas regras aplicáveis à Administração Direita e Indireta, sobretudo porque tais organizações do setor privado devem gozar de maior flexibilidade em suas aquisições (compras e contratação de obras e serviços), o que não ocorreria com a sujeição aos estritos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 ou na Lei nº 10.520/2002, mais formais e menos céleres”*. Com esteio nas análises realizadas pela unidade instrutiva e pelo MP/TCU, prosseguiu o relator consignando que *“as Organizações Sociais não se submetem às normas licitatórias aplicáveis ao Poder Público, devendo as suas contratações com terceiros — com previsão de dispêndios com suporte em verbas públicas – observar o que tiver sido disposto em regulamento próprio, que deve, isso sim, ser orientado pelo núcleo essencial dos princípios da Administração Pública referidos no art. 37, caput, da Constituição Federal, compatibilizando-se, dessa forma, a incidência dos princípios administrativos com as atributos mais flexíveis inerentes ao regime de direito privado”*. Nesses termos, acolheu o Colegiado a proposta da relatoria, para, no mérito, dar provimento ao recurso, tornando sem efeito a determinação questionada. [***Acórdão 5236/2015-Segunda Câmara***](https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlProxyHighlight?base=ACORDAO&ano=2015&numero=5236&colegiado=2)***, TC 029.423/2013-9, relator Ministro Raimundo Carreiro, 11.8.2015.***

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