



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, inexistente 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](#), 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](#) e [993/2009-Plenário](#), *"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](#) e [2784/2012-Plenário](#)), 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, ressaltou, *"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, 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, lembrou 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 conseqüente 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, transcendentais 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, 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, TC 029.423/2013-9, relator Ministro Raimundo Carreiro, 11.8.2015.*

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