

**Número 271****Sessão: 9 de dezembro 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. É lícita a previsão contratual de retenção pela Administração de pagamentos devidos à contratada em valores correspondentes às obrigações trabalhistas e previdenciárias inadimplidas, incluindo salários, demais verbas trabalhistas e FGTS, relativas aos empregados dedicados à execução do contrato.
2. É irregular a apropriação de planos de incentivo (bônus de volume) recebidos pelas agências de publicidade em contratações que contenham cláusula determinando o repasse dessa vantagem ao ente público contratante, no caso de avenças anteriores à Lei 12.232/10, ou quando não se tratar de inserções de mídia efetuadas por veículos de divulgação.
3. Exigências relativas ao tempo de formação acadêmica e de experiência profissional somente são aceitáveis como requisito de habilitação em licitações se acompanhadas de justificativa expressa, no instrumento convocatório, que demonstre a imprescindibilidade de tais condições à execução do objeto.

Inovação Legislativa

Lei 13.204, de 14/12/15.

Lei 13.240, de 30/12/15.

Lei 13.243, de 11/01/16.

Medida Provisória 703, de 18/12/15.

Medida Provisória 706, de 28/12/15.

Decreto 8.626, de 30/12/15.

PLENÁRIO**1. É lícita a previsão contratual de retenção pela Administração de pagamentos devidos à contratada em valores correspondentes às obrigações trabalhistas e previdenciárias inadimplidas, incluindo salários, demais verbas trabalhistas e FGTS, relativas aos empregados dedicados à execução do contrato.**

Representação formulada por licitantes noticiara supostas irregularidades cometidas pela Companhia de Entrepósitos e Armazéns Gerais de São Paulo (Ceagesp), no âmbito do Pregão Presencial 14/2013, destinado à contratação de empresa responsável pela coleta seletiva, transporte e destinação final de resíduos. Entre as falhas consideradas não elididas, a unidade técnica do TCU apontou a ocorrência de “retenção de valores devidos à contratada, em decorrência de propositura de ações trabalhistas” e propôs que essa previsão fosse excluída do edital, por considerá-la incabível. Embora também tenha se posicionado pela irregularidade especificamente dessa previsão, ponderou o relator que “*não procede o argumento de que a retenção de pagamentos devidos à contratada é ilegal, por não constar do rol do art. 87 da Lei 8.666/1993. A retenção de pagamentos não integra as hipóteses contidas no referido preceito legal exatamente por não se caracterizar uma sanção administrativa. A natureza da retenção é preventiva e acautelatória. Destina-se a evitar que a inadimplência da contratada com suas obrigações trabalhistas cause prejuízo ao erário. Tanto não é sanção que, comprovados os pagamentos das obrigações trabalhistas, os valores retidos são imediatamente liberados. Os valores retidos têm somente duas destinações possíveis: pagamento à contratada, assim que comprovar que cumpriu suas obrigações, ou pagamento aos seus empregados, caso as circunstâncias assim recomendem*”. Argumentou ainda o relator que “*a retenção integral dos pagamentos à contratada só é*

admissível nas hipóteses de inadimplemento de obrigações trabalhistas com valores superiores aos devidos pela Administração e de desconhecimento do montante inadimplido” e salientou que “a retenção integral não pode dar-se por prazo indeterminado, à exceção da hipótese de inadimplemento em valores superiores aos devidos à Administração, justamente para não caracterizar enriquecimento ilícito da Administração. Como regra, a medida deve ser mantida por prazo suficiente para quantificação das obrigações não adimplidas, após o que deverá ser convertida em retenção parcial”. Nesse passo, entendeu o relator que convém “prever, no instrumento convocatório e na minuta de contrato, retenção e pagamento direto aos empregados, para que as prestadoras de serviços continuados não possam alegar que desconheciam essas faculdades ao elaborar suas propostas”. No entanto, no caso específico dos autos, a cláusula questionada previa retenção dos valores reclamados judicialmente pelos empregados, os quais, segundo o relator, não apresentam necessariamente correspondência com os efetivamente devidos pela empresa, costumando ser bem mais elevados dos que os devidos, de sorte que a retenção se mostraria desproporcional e onerosa. Diante dessas observações, acolheu o Plenário a proposta do relator de determinar à Ceagesp que republicasse o edital apenas após a adoção de algumas medidas saneadoras, dentre as quais a exclusão da cláusula em apreço. Na mesma assentada, o Tribunal recomendou à Ceagesp que adotasse os seguintes procedimentos, para se resguardar contra dívidas trabalhistas da prestadora de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra (subitem 9.3 do *decisum*): a) prever nos contratos, de forma expressa: autorização para retenção de pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas pela contratada, incluindo salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, concernentes aos empregados dedicados à execução do contrato; autorização para realização de pagamentos de salários e demais verbas trabalhistas diretamente aos empregados da contratada, bem assim das contribuições previdenciárias e do FGTS, quando estes não forem adimplidos; provisionamento, em conta vinculada, de valores relativos a férias, décimo terceiro e multa sobre o FGTS, na forma prevista no art. 19-A, inciso I, da IN/SLTI/MP 2/08, com redação dada pela IN/SLTI/MP 6/13; b) depositar os valores retidos cautelarmente junto à Justiça do Trabalho, com o objetivo de serem utilizados exclusivamente no pagamento dos salários e das demais verbas trabalhistas, bem como das contribuições sociais e FGTS, quando não for possível a realização desses pagamentos pela própria Administração, dentre outras razões, por falta da documentação pertinente, tais como folha de pagamento, rescisões dos contratos e guias de recolhimento; c) fazer constar dos contratos cláusula de garantia que assegure pagamento de: prejuízos advindos do não cumprimento do contrato; multas punitivas aplicadas pela fiscalização à contratada; prejuízos diretos causados à contratante decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato; e obrigações previdenciárias e trabalhistas não honradas pela contratada; d) caso sobrevenham, durante a vigência contratual, ações trabalhistas promovidas por empregados dedicados ao ajuste, considerando o teor dos pleitos, investigar se há irregularidades no pagamento de verbas trabalhistas, solicitando os documentos correspondentes (vide art. 34, § 5º, inciso I, “c”, da IN/SLTI/MP 2, com redação dada pela IN/SLTI/MP 6); comprovada a inadimplência, reter pagamentos devidos em valores correspondentes às obrigações trabalhistas inadimplidas. **Acórdão 3301/2015-Plenário, TC 033.728/2013-5, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 09.12.2015.**

2. É irregular a apropriação de planos de incentivo (bônus de volume) recebidos pelas agências de publicidade em contratações que contenham cláusula determinando o repasse dessa vantagem ao ente público contratante, no caso de avenças anteriores à Lei 12.232/10, ou quando não se tratar de inserções de mídia efetuadas por veículos de divulgação.

O Plenário apreciou Recurso de Reconsideração interposto pelo Ministério Público junto ao TCU contra o **Acórdão 1.715/2012-Plenário**, proferido em tomada de contas especial relativa a contrato de prestação de serviços de publicidade para concepção, produção e fornecimento de agendas e outros impressos, celebrado entre o Banco do Brasil e agência de publicidade, abrangendo os exercícios de 2000, 2001 e 2003. Por meio do acórdão recorrido, o Tribunal julgara as contas regulares com ressalva, entendendo, em síntese, ser possível o recebimento de bonificações de volume por agências de publicidade, sem repasse dessa vantagem ao contratante, notadamente ante a superveniência da Lei 12.232/10. Em suas razões, o MP/TCU afirmou que os artigos 18 e 20 da mencionada lei “*padecem de grave inconstitucionalidade e não podem, em hipótese alguma, nortear as relações jurídicas do cotidiano da Administração Pública*”. Quanto ao art. 18, o representante do Parquet alegou que o “*Poder Público não pode renunciar à percepção de bônus de volume, sob pena de ofensa ao princípio da economicidade*”. Por sua vez, no tocante ao art. 20, sustentou que “*a aplicação retroativa da lei*” para abranger contratos já encerrados “*viola a proteção ao ato jurídico perfeito conferida pela Constituição*”. Em seu voto, o relator lembrou que “*o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a matéria, quando do julgamento da Ação Penal 470 (Mensalão), em que foi apreciada questão análoga à tratada nestes autos: a ausência de repasse de bônus de volume à administração contratante. As manifestações naquela ação foram contrárias à possibilidade de aplicar a Lei 12.232/2010 para, a posteriori,*

prejudicar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. No julgamento, prevaleceu entendimento pela irregularidade da apropriação, pela agência, de bônus e de vantagens obtidos junto a fornecedores, por contrariar expressamente cláusula contratual”. Continuou asseverando que “a declaração do STF, ainda que incidental, afetou a validade da aplicação da norma, o que independe do caso concreto e se caracteriza como documento novo, relevante para o desfecho do processo e com efetivo potencial de alterar a decisão recorrida (...) Portanto, ante a inconstitucionalidade do art. 20 da Lei 12.232/2010, impõe-se que o TCU revise os acórdãos que tenham se fundamentado nesse normativo”. No caso concreto, a empresa gráfica recebeu desconto de seus fornecedores de insumos sem repassar os valores à contratante, contrariando cláusula contratual que previa entre as obrigações da contratada envidar esforços para obter as melhores condições nas negociações junto a terceiros e transferir, integralmente, ao banco os descontos especiais, bonificações, reaplicações, prazos especiais de pagamento e outras vantagens. As alegações da contratada destacaram que não caberia repassar esse desconto ao BB porque, como bônus de volume ou plano de incentivo, esse valor constituiria receita própria da agência de propaganda. Essas alegações foram devidamente afastadas pelo relator, ao afirmar que “ainda que não houvesse a decisão do STF quanto à inconstitucionalidade do art. 20 da Lei 12.232/2010, a retenção do valor dos descontos pela agência seria irregular, pois tal bonificação não se enquadra no conceito de plano de incentivo”. Citando o [Acórdão 2.304/15-Plenário](#), onde se faz clara distinção entre veículos de comunicação e fornecedores de serviço, o relator asseverou que a Lei 12.232/10, “ao estabelecer, em seu art. 18, que os descontos decorrentes de planos de incentivo seriam receita própria da agência, textualmente se referiu a planos de incentivo por veículo de comunicação”. De igual modo, as contrarrazões apresentadas pelos ex-gestores do banco não justificaram a prática irregular de deixar de exigir da agência de publicidade contratada o repasse do valor dos descontos recebidos junto a fornecedores que não sejam veículos de comunicação. O Plenário deu provimento ao recurso, julgando as contas irregulares, com imputação de débito e multa aos envolvidos. [Acórdão 3349/15-Plenário, TC 019.018/2005-0, relator Ministro Vital do Rêgo, 9.12.2015.](#)

3. Exigências relativas ao tempo de formação acadêmica e de experiência profissional somente são aceitáveis como requisito de habilitação em licitações se acompanhadas de justificativa expressa, no instrumento convocatório, que demonstre a imprescindibilidade de tais condições à execução do objeto.

Representação formulada por sociedade empresária questionara possível restrição à competitividade em licitação realizada pela Associação Pró-Gestão das Águas da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul (Agevap) para a contratação de empresa especializada na elaboração de gestão integrada de resíduos sólidos, face à exigência de equipe multidisciplinar, contando com a participação, entre outros profissionais, de engenheiro especialista na área de resíduos com quinze anos de experiência e de advogado na área de resíduos com cinco anos de experiência. Sobre o assunto, anotou a unidade técnica especializada que “a jurisprudência deste Tribunal indica que a exigência de requisitos profissionais baseados exclusivamente na formação e no tempo de experiência dos profissionais, salvo quando tais características revelarem-se imprescindíveis à execução do objeto, configura medida de caráter restritivo, devendo os motivos das exigências serem tecnicamente justificados de forma expressa no processo licitatório, assegurando-se de que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado”. Analisando o ponto, corroborou o relator as conclusões da unidade técnica, em especial por presumir, dentre outros aspectos, “cabível a exigência de tempo de formação e experiência na área de resíduos sólidos, já que as características requeridas revelam-se imprescindíveis à execução do objeto, uma vez que se trata de projeto complexo, compreendendo períodos de consecução de curto a longo prazo, para o qual exige-se conhecimento técnico especializado na área”. Nada obstante, concluiu o relator assistir “razão à unidade técnica, contudo, no que diz respeito à necessidade de a Agevap fazer constar, em futuros editais de licitação, os motivos tecnicamente justificados para a contratação de equipe qualificada e experiente, que venha a atender efetivamente aos objetivos traçados, fato que não se observou no âmbito da Coleta de Preços nº 22/2014”. Nesses termos, acolheu o Plenário a proposta da relatoria para considerar parcialmente procedente a representação e determinar à Agevap que “nas próximas licitações, ao especificar os requisitos de habilitação da equipe técnica das licitantes, justifique, de forma expressa, no instrumento convocatório, os motivos das exigências de tempo de formação acadêmica e experiência profissional, desde que tais condições se revelem imprescindíveis à execução do objeto, assegurando-se de que os parâmetros fixados são necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado”. [Acórdão 3356/2015-Plenário, TC 020.738/2015-3, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, 9.12.2015.](#)

INOVAÇÃO LEGISLATIVA

Lei 13.204, de 14/12/15: Altera a Lei no 13.019, de 31 de julho de 2014, “que estabelece o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público; define diretrizes para a política de fomento e de colaboração com organizações da sociedade civil; institui o termo de colaboração e o termo de fomento; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999”; altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, 9.790, de 23 de março de 1999, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 12.101, de 27 de novembro de 2009, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga a Lei no 91, de 28 de agosto de 1935.

Lei 13.240, de 30/12/15: Dispõe sobre a administração, a alienação, a transferência de gestão de imóveis da União e seu uso para a constituição de fundos; altera a Lei no 9.636, de 15 de maio de 1998, e os Decretos-Lei nos 3.438, de 17 de julho de 1941, 9.760, de 5 de setembro de 1946, 271, de 28 de fevereiro de 1967, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987; e revoga dispositivo da Lei no 13.139, de 26 de junho de 2015.

Lei 13.243, de 11/01/16: Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei no 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei no 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei no 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional no 85, de 26 de fevereiro de 2015.

Medida Provisória 703, de 18/12/15: Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência.

Medida Provisória 706, de 28/12/15: Altera a Lei no 12.783, de 11 de janeiro de 2013, que dispõe sobre as concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Decreto 8.626, de 30/12/15: Altera os Decretos que especifica, para prorrogar o prazo de vigência das margens de preferência.

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