



Número 287

Sessões: 17 e 18/maio/2016

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. Não se admite contratação direta com base no art. 25 da Lei 8.666/1993 em razão, única e exclusivamente, da relação societária entre a empresa estatal e a sociedade na qual detém participação acionária. Tal relação, por si só, não caracteriza a inexigibilidade de licitação pela inviabilidade de competição, pois não retira a aptidão de outras empresas para fornecer determinado produto ou serviço nos termos pretendidos.
2. Não há obrigação legal de parcelamento do objeto da licitação exclusivamente para permitir a participação de microempresas e empresas de pequeno porte. O parcelamento do objeto deve visar precipuamente o interesse da Administração.
3. É ilegal a exigência, como requisito de habilitação, de certificação junto a programas de parceria da Oracle (*Oracle Gold* ou superior) ou da Microsoft (*Microsoft Certified Silver Partner* ou superior) de alto nível, pois não há previsão no rol taxativo do art. 30 da Lei 8.666/1993.
4. O preço do item administração local deve em regra ser compatível com os referenciais estabelecidos no Acórdão 2.622/2013 Plenário, e seu pagamento deve ser proporcional ao percentual de execução física da obra.

PLENÁRIO

1. Não se admite contratação direta com base no art. 25 da Lei 8.666/1993 em razão, única e exclusivamente, da relação societária entre a empresa estatal e a sociedade na qual detém participação acionária. Tal relação, por si só, não caracteriza a inexigibilidade de licitação pela inviabilidade de competição, pois não retira a aptidão de outras empresas para fornecer determinado produto ou serviço nos termos pretendidos. O Tribunal apreciou processo de acompanhamento com o objetivo de analisar a legalidade e legitimidade de aquisição de participação acionária pela Caixa Participações S/A (CaixaPar), subsidiária integral da Caixa Econômica Federal, em empresa privada. Observou-se que o modelo de negócio consistia em formar sociedades com companhias especializadas no ramo de tecnologia da informação, por intermédio de participações acionárias minoritárias, para que, em seguida, as referidas empresas prestassem serviços para a Caixa Econômica Federal, mediante contratação direta. O relator, após refutar a possibilidade de contratação com fulcro no art. 24, inciso XXIII, da Lei 8.666/1993, uma vez que a participação da Caixa não a qualificava como controladora da empresa a ser contratada, mas apenas como acionista minoritária, enfrentou o argumento de que seria possível a contratação com base no art. 25 da Lei 8.666/1993, pois nesses casos existiria *“uma especial sinergia entre contratante e contratada, um vínculo societário especial, que poderia proporcionar benefícios singulares às empresas estatais que são suas sócias”*. Em outras palavras, segundo a tese da possibilidade de contratação por inexigibilidade, *“seria contraditório que a empresa estatal tivesse que submeter as companhias que constituíram à disputa em licitação com terceiros que não têm o mesmo compromisso de cooperação, uma vez que a affectio societatis seria uma característica de cunho inteiramente subjetivo, não sendo passível de aferição via critérios objetivos”*. O relator consignou que é possível reconhecer que a empresa com participação estatal *“poderá sim ser contratada*



por inexigibilidade de licitação pela empresa estatal que detém participação acionária”. Contudo, “o simples fato de haver participação societária de uma na outra não é permissivo suficiente para tanto. A contratação por inexigibilidade só poderá ocorrer se o caso concreto enquadrar-se nas hipóteses gerais do art. 25 da Lei 8.666/1993, exatamente da mesma forma que ocorre, em tese, com qualquer outra empresa privada que não tenha nenhum tipo de participação estatal”. Dessa forma, asseverou o relator ser possível apenas afirmar que “a inexigibilidade não pode ter como arrimo atributos que decorrem, única e exclusivamente, da relação societária entre a empresa estatal e a sociedade na qual detém participação acionária”, pois tal relação “não retira a aptidão de outras empresas fornecerem determinado produto/serviço nos exatos termos pretendidos”. Consignou que, a prevalecer entendimento diverso, restariam malferidos princípios que guiam a intervenção do Estado no domínio econômico (principalmente isonomia e livre concorrência) e “haveria ainda o risco de descontrole sobre as contratações sem licitação (por dispensa ou inexigibilidade), passando a Administração a adquirir bens e serviços diretamente por intermédio de empresas privadas dos mais diversos setores em que houvesse participação societária estatal minoritária, aumentando a possibilidade de desvios de conduta, direcionamentos e favorecimentos indevidos”. Acolhendo a proposta do relator, o Tribunal assinou prazo para que a Caixa Econômica Federal e a CaixaPar apresentem plano de ação contemplando as medidas necessárias ao desfazimento dos atos relativos à aquisição de participação acionária na referida empresa privada, “ante o vício relativo ao motivo, haja vista a indicação de fundamentos jurídicos inadequados (desconsiderando que a contratação da empresa investida está necessariamente sujeita ao procedimento público vinculante da Lei 8.666/1993)”, em afronta a princípios e dispositivos legais, dentre eles os arts. 24, inciso XXIII, e 25 da Lei 8.666/1993. **Acórdão 1220/2016 Plenário, Acompanhamento, Relator Ministro Bruno Dantas.**

2. Não há obrigação legal de parcelamento do objeto da licitação exclusivamente para permitir a participação de microempresas e empresas de pequeno porte. O parcelamento do objeto deve visar precipuamente o interesse da Administração.

Representação questionara possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pela Universidade Federal do Ceará para contratação de serviços de manutenção predial, preventiva e corretiva. No exame inicial, identificara a unidade técnica que, embora os serviços viessem a ser realizados em diversos municípios, o edital previa adjudicação para um só item, impossibilitando a participação de empresas menores, o que violaria, assim, a Lei Complementar 123/2006, a Lei 8.666/1993 e a jurisprudência do TCU. Analisando os autos, em despacho que precedeu a realização das oitavas regimentais, anotou a relatora que “apesar de o art. 47 da Lei Complementar 123/2006 determinar que, nas contratações públicas, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para microempresas e empresas de pequeno porte, não existe determinação para que as aquisições realizadas pela administração pública sejam divididas em parcelas com o objetivo de permitir a participação dessas empresas”. Nesse sentido, prosseguiu, “o tratamento diferenciado e simplificado somente poderá ser concedido caso seja vantajoso para a administração pública e não represente prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, conforme determina o art. 49 da Lei Complementar 123/2006”. Contestou a relatora, assim, a tese da unidade instrutiva, observando, adicionalmente, que, no caso concreto “não se vislumbra ganho com o procedimento sugerido pela unidade técnica, pois atenderá apenas ao interesse do particular, e não da administração”, visto que “a administração pública tem a exata noção dos custos desses serviços, e a divisão do objeto não necessariamente irá ampliar a competitividade e, em consequência, reduzir os preços ofertados aos patamares esperados”, além disso, “ocorrerá aumento de custos administrativos com a gestão desses contratos”. Ao apreciar o mérito da Representação, após a realização de oitavas por outra ocorrência, a relatora reiterou o seu entendimento sobre a questão, no sentido de que não constatou ilegalidade pela ausência de parcelamento do objeto nos termos sugeridos pela unidade técnica, pois “Em primeiro lugar, não existe lei determinando o parcelamento para atender a microempresas. Em segundo lugar, o parcelamento [no caso concreto] não traria qualquer benefício à administração”. Assim, considerando outras falhas verificadas nos autos, acolheu o Plenário a tese da relatora para, conhecendo da Representação, considerá-la parcialmente procedente. **Acórdão 1238/2016 Plenário, Representação, Relatora Ministra Ana Arraes.**

3. É ilegal a exigência, como requisito de habilitação, de certificação junto a programas de parceria da Oracle (Oracle Gold ou superior) ou da Microsoft (Microsoft Certified Silver Partner ou superior) de alto nível, pois não há previsão no rol taxativo do art. 30 da Lei 8.666/1993.



O Plenário do TCU apreciou Representação noticiando supostas irregularidades no edital do Pregão Eletrônico 6/2016, promovido pela Agência Nacional do Cinema (Ancine), que visou a contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos na área de tecnologia da informação para apoio às atividades de sustentação de ambiente de datacenter e suporte à gestão e operação de serviços de tecnologia da informação e comunicação, bem como suporte às demandas operacionais. Alegara a representante que o edital continha exigência restritiva à competitividade, por estabelecer a necessidade de comprovação, na fase de habilitação, de que a licitante fosse certificada junto a programas de parceria da Oracle (Oracle Gold ou superior) e da Microsoft (Microsoft Certified Silver Partner ou superior) de alto nível. Efetuada a oitiva da Ancine, consignou o relator, ao examinar o mérito da questão, que a exigência da referida certificação é indevida, pois, *“além de não estar prevista no rol de documentos previstos no art. 30 da Lei 8.666/1993, onera os licitantes com a imposição de custos desnecessários e anteriores à contratação e é irrelevante para o específico objeto do contrato”*. Em razão dessa e de outra irregularidade, o Tribunal, acompanhando o relator, considerou a Representação procedente, determinou à Ancine que adotasse providências para a realização de novo certame, e deu ciência à entidade a respeito da mencionada falha. **Acórdão 1246/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.**

4. O preço do item administração local deve em regra ser compatível com os referenciais estabelecidos no Acórdão 2.622/2013 Plenário, e seu pagamento deve ser proporcional ao percentual de execução física da obra.

O Tribunal examinou Relatório de Auditoria que teve por objeto a construção do Complexo de Pesquisa e Desenvolvimento em Saúde e Produção de Imunobiológicos (Euzébio/CE), conduzida pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Identificaram-se, entre outras falhas, sobrepreço decorrente de quantitativos inadequados relativos ao item administração local, bem como o descompasso entre o pagamento desse item e o andamento físico das obras. Quanto ao referido sobrepreço, fora estimado inicialmente pela unidade técnica com base no percentual médio admissível para administração local em relação ao custo total do contrato, estabelecido no **Acórdão 2.622/2013 Plenário** (6,23%). No exame de mérito, após acolher algumas das alegações apresentadas em resposta às oitivas, a unidade especializada recalculou o valor máximo admissível para o item administração local mediante aplicação do percentual de 8,87%, correspondente ao 3º quartil da amostra considerada no estudo que fundamentou o Acórdão 2.622/2013 Plenário, constante do item 9.2.2 da referida decisão. Observou o relator que a unidade técnica *“não descuidou da possibilidade de se considerar válido um custo total de administração local que se afaste significativamente da média, estando acima ou abaixo dos respectivos quartis, mediante justificativa técnica devidamente fundamentada. Ocorre que, no caso em exame, considerou inconsistentes as justificativas apresentadas para se exceder o referencial de 8,87%”*. Lembrou ainda o relator que, *“muito embora caiba ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão desenvolver estudos detalhados acerca do dimensionamento dos quantitativos de administração local por meio de parâmetros técnicos que considerem as particularidades de cada tipo de obra e outras variáveis, conforme determinado naquela deliberação, esta Corte considerou pertinente propor valores referenciais provisórios para a análise dos custos da administração local em relação aos demais custos diretos do contrato, de forma a atender às normas de transparência dos custos de obras públicas. Buscou-se evitar a celebração de contratos apenas aparentemente vantajosos para a Administração, que concedam descontos nos insumos e serviços aplicados diretamente às obras, para os quais já existem parâmetros objetivos fixados em lei, mas encerrem superdimensionamento de itens de administração local, ainda carentes de composições analíticas referenciais”*, asseverando em seguida que *“assim como a SeinfraUrbana, entendo que os argumentos apresentados para demonstrar a peculiaridade da obra em questão não são suficientes para que se exceda o parâmetro superior de 8,87% proposto pelo referido acórdão”*. Quanto ao pagamento do item administração local dissociado do andamento físico da obra, consignou o relator que, por ocasião da auditoria, *“havia sido pago 45% do valor pactuado para o item administração local das obras da 2ª etapa (R\$ 4.013.188,42), contra uma execução física de 28,54% acumulada até a 14ª medição”* e *“com relação à 3ª etapa, havia sido pago 1,5% do total relativo à administração local (R\$ 65.847,76), contra uma execução física de 0,33% acumulada até à segunda medição”*. Mencionou o relator que a Fiocruz, em sede de oitiva, informou que reteve valores para compensar os pagamentos adiantados, mas não comprovou essa providência, e, nos elementos adicionais de defesa, apresentou carta mediante a qual a contratada aceitou que a remuneração devida pela administração local da obra da 2ª etapa passe a ser contabilizada sobre o percentual de desempenho realizado. Observou o relator que os contratos ainda contavam com prazo considerável de execução, havendo



oportunidade para a compensação de valores de administração local pagos adiantadamente. Assim, acompanhando o voto do relator, o Tribunal determinou à Fiocruz, entre outras providências, que *“formalize, mediante termos aditivos, a modificação das composições das respectivas administrações locais, de modo que o somatório dos itens que as integram seja compatível com o percentual de 8,87% (terceiro quartil) apurado para as obras de construções de edificações, conforme consta do subitem 9.2.2 do Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário, aplicado sobre os valores contratuais ajustados”* e *“reveja os cronogramas físico-financeiros dos ajustes em questão, de forma que os itens componentes da administração local sejam medidos e pagos proporcionalmente ao percentual de execução da obra, conforme o subitem 9.3.2.2 do Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário”*. **Acórdão 1247/2016 Plenário, Auditoria, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer.**

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br