

**Número 288****Sessões: 24 e 25/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. Nos certames licitatórios realizados para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação com adjudicação por grupos ou lotes, a vedação à aplicação da margem de preferência, nos casos em que o preço mais baixo ofertado é de produto manufaturado nacional (art. 5º, § 1º, do Decreto 8.184/2014), deve ser observada, isoladamente, para cada item que compõe o grupo ou lote.

Segunda Câmara

2. A predominância do caráter intelectual e criativo afasta o enquadramento dos serviços de comunicação digital, que são assemelhados aos de publicidade e propaganda, na definição de serviços comuns estabelecida na Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), e possibilita a adoção de licitação do tipo melhor técnica.

PLENÁRIO

1. Nos certames licitatórios realizados para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação com adjudicação por grupos ou lotes, a vedação à aplicação da margem de preferência, nos casos em que o preço mais baixo ofertado é de produto manufaturado nacional (art. 5º, § 1º, do Decreto 8.184/2014), deve ser observada, isoladamente, para cada item que compõe o grupo ou lote.

O Tribunal apreciou processo de Representação acerca de supostas irregularidades no Pregão Eletrônico 2015/08240, realizado pelo Banco do Brasil S/A, por intermédio do Centro de Apoio aos Negócios e Operações de Logística São Paulo (Cenop/SP), cujo objeto fora o registro de preços para aquisição de solução de processamento e armazenamento para atendimento das redes metropolitanas de Curitiba e Belo Horizonte. Alegara a representante que a empresa declarada vencedora do certame teria se beneficiado indevidamente da aplicação da margem de preferência prevista no art. 3º da Lei 8.666/1993, regulamentada pelo Decreto 8.184/2014 (que dispõe sobre a aplicação de margem de preferência para aquisição de equipamentos de tecnologia da informação e comunicação). No caso, a empresa declarada vencedora apresentara proposta com terceiro menor preço global, tendo sido alçada ao primeiro lugar em razão da incidência do benefício da margem de preferência sobre três itens de sua proposta, em relação aos quais houvera cotado os menores preços dentre todas as concorrentes, descumprindo-se, em tese, o art. 5º, § 1º, do Decreto 8.184/2014, de seguinte teor: “*as margens de preferência não serão aplicadas caso o preço mais baixo ofertado seja de produto manufaturado nacional*”. Efetuadas as oitivas determinadas pelo relator, argumentou o Cenop/SP que a vedação prevista no referido dispositivo não deveria ser aplicada irrestritamente, mas apenas na hipótese de a possível beneficiária da margem de preferência apresentar o menor preço global do grupo de itens ao final da disputa, o que não fora o caso. Acrescentou que a aplicação irrestrita do art. 5º, § 1º, do Decreto 8.184/2014, nas situações em que o critério de julgamento é o menor preço global do grupo/lote de itens, poderia incentivar as empresas a cotarem preços unitários mais altos para os produtos nos quais faça jus à alguma margem de preferência, favorecendo assim ao chamado “jogo de planilha”. Na opinião do Cenop/SP, tal cenário contrariaria os interesses da Administração e os princípios da licitação, não tendo sido essa a intenção do legislador, quando da inclusão no Decreto 8.184/2014 do regramento disposto no § 1º de seu art. 5º. Ao examinar o mérito da Representação, unidade técnica rechaçou essas considerações, observando que “*o Tribunal já se pronunciou no sentido de que as regras necessárias para*



promover o desenvolvimento nacional sustentável devem ser interpretadas restritivamente, nos exatos contornos da lei e do regulamento”, sendo que o argumento da possível manipulação dos preços dos itens não justificaria a inobservância da norma. Pontuou que o fato de o preço da licitante declarada vencedora, globalmente considerado, ser superior ao das duas primeiras colocadas, “não dá, por si só, o direito de usufruto do benefício contido no Decreto 8.184/2014”, e que a referida vantagem não deveria ter sido concedida no caso em tela, “pois os três itens para os quais a empresa solicitou a aplicação do benefício já eram as menores propostas”. O relator, por sua vez, considerou que a unidade técnica examinou todos os documentos pertinentes e abordou com propriedade os argumentos apresentados nos autos, tornando despicienda a adução de novas considerações de fato e de direito sobre a matéria. Assim, acolheu o parecer da unidade técnica, no que foi seguido pelo Colegiado, tendo-se determinado ao Banco do Brasil S.A. a adoção de medidas para anular a aplicação da margem de preferência no caso em tela, bem como todos os atos posteriores, “uma vez que, por força do art. 5º, § 1º, do citado decreto [Decreto 8.184/2014], não é possível utilizar o benefício quando a licitante já é ofertante da menor proposta, o que deve ser observado em todos os certames, inclusive naqueles realizados sob a forma de grupos ou lotes”.

Acórdão 1347/2016 Plenário, Representação, Relator Ministro Raimundo Carreiro.

SEGUNDA CÂMARA

2. A predominância do caráter intelectual e criativo afasta o enquadramento dos serviços de comunicação digital, que são assemelhados aos de publicidade e propaganda, na definição de serviços comuns estabelecida na Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão), e possibilita a adoção de licitação do tipo melhor técnica.

Ao apreciar Representação de licitante sobre possíveis irregularidades na Concorrência 4/2015, do tipo melhor técnica, conduzida pela Agência Nacional de Águas (ANA), com o objetivo de contratar a prestação de serviços de planejamento, produção e execução de soluções de comunicação digital, analisou o Tribunal a possibilidade de o objeto do certame enquadrar-se na definição de serviço comum, questão suscitada pela unidade técnica. Tal fato tornaria obrigatória a utilização da modalidade pregão, em vez de concorrência do tipo melhor técnica. Efetuaram-se oitivas da ANA e da Secretaria de Comunicação da Presidência da República (Secom/PR), esta acerca da orientação dada aos órgãos e entidades que integram o Sistema de Comunicação do Poder Executivo Federal (Sicom) quanto à utilização de concorrência, no tipo melhor técnica, para a contratação de serviços de comunicação digital. A unidade instrutiva, em sua última manifestação nos autos, concluiu que os serviços de comunicação digital não se enquadram, em verdade, na definição de serviços comuns e que, por isso, a utilização de concorrência, no tipo melhor técnica, se mostrou adequada para o objeto da contratação em análise. Concordando com a unidade técnica, observou o relator que “os serviços de comunicação digital englobam atividades predominantemente intelectuais, que abarcam o planejamento das ações de comunicação, a criação e a execução das peças a serem utilizadas, com variabilidade incalculável, além da escolha dos canais adequados para a veiculação da mensagem”, sendo portanto possível acolher a alegação da Secom/PR no sentido de que “os serviços de comunicação digital se assemelham em diversos pontos aos serviços de publicidade, notadamente quanto à existência, nas duas modalidades, de planejamento, criação e confecção de material, além da escolha do veículo para a divulgação da mensagem, diferindo destes, essencialmente, em virtude do canal de divulgação utilizado: veículos de comunicação de massa ou internet”. Pontuou também que a Lei 12.232/2010 adota como referência os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” para a contratação dos serviços de publicidade, sendo estes, assim, em regra, incompatíveis com o pregão. Posto isso, arrematou o relator que, tendo como razoáveis as premissas de que os serviços de comunicação digital se assemelham aos serviços de publicidade e propaganda, e que a predominância do caráter intelectual e criativo na execução dessas atividades afasta o seu enquadramento na definição de serviços comuns, mostra-se também razoável a conclusão de que “a modalidade de licitação a ser utilizada na contratação dos aludidos serviços de comunicação digital deve guardar correspondência com a modalidade de licitação utilizada para as contratações dos serviços de publicidade e propaganda, de sorte que a adoção de concorrência, no tipo melhor técnica, pode ser vista como regular”. Acolhendo integralmente a análise do relator, o Tribunal deliberou por considerar a Representação parcialmente procedente e expedir recomendação atinente a outras questões à Secom/PR.

Acórdão 6227/2016 Segunda Câmara, Representação, Relator Ministro-Substituto André de Carvalho.



Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: infojuris@tcu.gov.br