

**Número 270****Sessões: 1º e 2 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. Quando caracterizada a atuação de cartel em processos de contratação pública, o prejuízo causado à Administração poderá ser avaliado pela diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo, estimada mediante utilização de técnicas de econometria e de análise de regressão consagradas internacionalmente. O parâmetro assim obtido pode servir de base para avaliação da legalidade e da legitimidade de acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção).

Primeira Câmara

2. Para a contratação direta de profissional do setor artístico (art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93) por meio de intermediário, exige-se a comprovação da existência de contrato de exclusividade entre a empresa ou o empresário contratado e o artista, não sendo suficiente documento que confere exclusividade apenas para o dia da apresentação e restrita à localidade do evento.

Inovação Legislativa

Medida Provisória 700, de 8/12/15.

Lei 13.203, de 8/12/15.

PLENÁRIO

1. Quando caracterizada a atuação de cartel em processos de contratação pública, o prejuízo causado à Administração poderá ser avaliado pela diferença entre o preço praticado no ambiente cartelizado e o preço que seria praticado em ambiente competitivo, estimada mediante utilização de técnicas de econometria e de análise de regressão consagradas internacionalmente. O parâmetro assim obtido pode servir de base para avaliação da legalidade e da legitimidade de acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção).

Em processo de Acompanhamento atuado com fulcro na IN TCU 74/15, que dispõe sobre a fiscalização pelo TCU dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na sua competência, analisaram-se contratos e documentos referentes à Operação Lava Jato. Buscara-se fixar um parâmetro de avaliação dos valores a serem ressarcidos aos cofres da Petrobras, em decorrência do prejuízo causado pelo suposto crime de cartel em licitações da estatal. O relator destacou que a apuração do dano compreendeu certa peculiaridade, pois o propósito do cartel é aproximar, artificialmente, o ambiente normal de mercado a uma situação de monopólio ou oligopólio que possibilita a prática de preços superiores aos observados em situação de concorrência. Assim, em vez da comparação com parâmetros de preços especificados em lei como referências de mercado (Sinapi e Sicro, principalmente), o exame requereu forma diferenciada de aferição do dano, consistente, segundo o relator, na diferença entre o que a Petrobras pagou e o que despenderia de fato pelo bem, em um ambiente de competição regular, sem a existência de cartel. Destacou que a unidade técnica identificara diversos métodos reconhecidos nos Estados Unidos e na União Europeia, tendo optado pela abordagem baseada em métodos comparativos, que estima o cenário contrafactual. Consistiu a metodologia, basicamente, na comparação do comportamento da variável que se quer estudar, no caso o desconto ofertado pelos contratados frente ao orçamento da Petrobras, nos cenários com cartel (factual) e sem a infração (contrafactual). Para tanto, utilizaram-se técnicas econométricas, com base em análise de regressão, a partir de dados das contratações da estatal e das informações de processos judiciais em curso, fornecidos pela própria

Petrobras e pelo Poder Judiciário. Com relação à possibilidade de utilização dessas técnicas no ordenamento jurídico brasileiro, o relator observou que, no caso específico do controle orçamentário e financeiro realizado pelo TCU, o próprio Regimento Interno admite, em seu art. 210 § 1º, inciso II, que a apuração do débito pode se dar mediante “*estimativa, quando, por meios confiáveis, apurar-se quantia que seguramente não excederia o real valor devido*”. Assim, considerou “*adequado o uso da metodologia proposta pela unidade técnica, desde que seja assegurada a confiabilidade dos resultados encontrados, a partir do uso das técnicas oferecidas pela ciência estatística*”. Como resultado da aplicação da metodologia, obteve-se a estimativa de que a atuação do cartel reduz em 17%, em média, o desconto ofertado em cenário competitivo. Diante dos parâmetros estatísticos de confiabilidade e significância verificados, o relator reputou “*adequadas as conclusões a que chegou a unidade técnica, cujos resultados podem ser utilizados como parâmetro de verificação da correção do valor do dano causado em virtude de práticas colusivas, no âmbito de acordo de leniências a serem submetidos à apreciação desta Corte de Contas*”. Acolhendo na íntegra a proposta do relator, o Tribunal deliberou, entre outras providências, por encaminhar cópia do estudo realizado pela unidade técnica aos diversos órgãos envolvidos na apuração dos ilícitos e à Petrobras, alertando-os que: i) “*o valor mais provável*” do potencial prejuízo causado à Petrobras com a redução dos descontos nas licitações, no período de 2002 a 2015, em razão da existência dos cartéis na Diretoria de Abastecimento, é de 17% em relação à estimativa das licitações tomando por base metodologia econométrica e dados de regressão consagrados internacionalmente e fartamente aceitos pelas cortes americanas (Harkrider e Rubinfeld - 2005; e Korenblit - 2012) e brasileiras (Supremo Tribunal Federal (STF), RE 68.006-MG); ii) o “*potencial prejuízo*” informado refere-se ao chamado *overcharge*, assim denominado como a diferença entre o valor cobrado por um determinado produto em um ambiente monopolizado e o valor que deveria ser cobrado caso este produto fosse vendido em um ambiente competitivo; iii) o parâmetro informado, na ausência de dado mais robusto, em presunção *juris tantum*, servirá de base para a avaliação de legalidade e legitimidade dos eventuais acordos de leniência que venham a ser pactuados com base na Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção), nos termos da IN TCU 74/2015, especificamente no que se refere aos contratos executados na Diretoria de Abastecimento da Petrobras em que participaram as empresas investigadas na Operação Lava Jato. [Acórdão 3089/2015-Plenário, TC 005.081/2015-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 2.12.2015.](#)

PRIMEIRA CÂMARA

2. Para a contratação direta de profissional do setor artístico (art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93) por meio de intermediário, exige-se a comprovação da existência de contrato de exclusividade entre a empresa ou o empresário contratado e o artista, não sendo suficiente documento que confere exclusividade apenas para o dia da apresentação e restrita à localidade do evento.

Tomada de Contas Especial instaurada pelo Ministério do Turismo apurara irregularidades na prestação de contas de convênio que tinha por objeto a contratação de shows artísticos para o I Festival Cultural Arraiá de Uru/SP. Entre as irregularidades apontadas, destacara-se a “*ausência de cópias dos contratos de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, tendo em vista que foi utilizada a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/93*”. Ao analisar o ponto, o relator registrou que, “*conforme a Lei de Licitações, a contratação direta de profissional do setor artístico só é admissível se houvesse, no caso concreto, comprovação da exclusividade entre a [empresa] e as atrações musicais. O responsável trouxe aos autos atestado no qual o representante legal da [banda] conferia à mencionada sociedade empresária a exclusividade apenas para o dia do evento (13/6/2008) e para o município de Uru/SP*”. Explicou o relator que “*essa autorização, exclusiva para o dia e para a localidade do evento, não tem sido aceita por esta Corte de Contas, a exemplo do contido nos [Acórdãos 96/2008-Plenário](#) - anterior ao convênio em análise - e [5.769/2015-Primeira Câmara](#). Do contrário, haveria um desvirtuamento do propósito previsto no art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993*”. Por fim, destacou que o [Acórdão 96/2008-Plenário](#), dirigido ao Ministério do Turismo, “*foi expresso ao ressaltar que ‘o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento’*”. Consignou o relator que essa e outras irregularidades seriam incorporadas na fixação da multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. O Tribunal, alinhado ao voto do relator, decidiu julgar irregulares as contas do responsável e condená-lo ao pagamento do débito apurado, aplicando-lhe ainda a multa prevista no art. 57 da Lei 8.443/92. [Acórdão 7770/2015-Primeira Câmara, TC 026.277/2014-0, relator Ministro Benjamin Zymler, 1.12.2015.](#)

Medida Provisória 700, de 8/12/15: Altera o Decreto-Lei 3.365/41, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, e a Lei 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

Lei 13.203, de 8/12/15: Dispõe sobre a repactuação do risco hidrológico de geração de energia elétrica; institui a bonificação pela outorga; e altera as Leis 12.783/13, que dispõe sobre as concessões de energia elétrica, 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica, 9.478/97, que institui o Conselho Nacional de Política Energética, 9.991/00, que dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, 10.438/02, 10.848/04, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, e 11.488/07, que equipara a autoprodutor o consumidor que atenda a requisitos que especifica.

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