

Informativo jurisprudencial – TCU 24 a 30 de novembro de 2018

BOLETIM DE JURISPRUDÊNCIA Nº 244

Sessões de 06 e 07 de novembro de 2018

Assunto: Licitação. Propaganda e publicidade. Julgamento. Proposta técnica. Comissão de licitação. Cadastro.

Ementa: A expressão “previamente cadastrados”, constante do art. 10, § 2º, da [Lei 12.232/2010](#), não impõe que o cadastro seja específico para fins de formação da subcomissão técnica responsável pelo julgamento das propostas técnicas nas licitações destinadas à contratação de serviços de publicidade, mas tão somente que ele seja prévio, isto é, que já exista publicamente antes da data do sorteio dos membros da subcomissão.

(Acórdão 2568/2018 Plenário (Embargos de Declaração, Relator Ministro José Múcio Monteiro))

Assunto: Gestão Administrativa. Administração federal. Código de Defesa do Consumidor. Contrato de adesão. Cláusula abusiva. Bens e serviços de informática. Software

Ementa: A Administração Pública pode invocar a [Lei 8.078/1990](#) (CDC), na condição de destinatária final de bens e serviços, quando suas prerrogativas estabelecidas na legislação de licitações e contratos forem insuficientes para garantir a proteção mínima dos interesses da sociedade, como nas aquisições de softwares produzidos por grandes fabricantes mundiais em que há imposição de contratos de adesão ou cláusulas abusivas à Administração.

(Acórdão 2569/2018 Plenário (Auditoria, Relator Ministro Aroldo Cedraz))

Assunto: Licitação. Inexigibilidade de licitação. Bens e serviços de informática. Exclusividade. Atestado. Fabricante. Software.

Ementa: Nas contratações de *software* fundadas no art. 25, inciso I, da [Lei 8.666/1993](#), não devem ser aceitas cartas de exclusividade emitidas pelos próprios fabricantes, porquanto são válidos apenas os atestados emitidos pelos entes mencionados no referido dispositivo.

(Acórdão 2569/2018 Plenário (Auditoria, Relator Ministro Aroldo Cedraz))

Assunto: Contrato Administrativo. Bens e serviços de informática. Medição. Pagamento antecipado. Software. Recebimento definitivo. Liquidação da despesa.

Ementa: É vedado o pagamento à vista por licenças de *software* ainda não ativadas, uma vez que o momento da entrega definitiva nesse tipo de aquisição é o da ativação da licença. Normas de direito financeiro afetas à Administração Pública (arts. 62 e 63 da [Lei 4.320/1964](#)) impõem que a liquidação das despesas seja realizada por ocasião da entrega definitiva do bem ou da realização do serviço.

(Acórdão 2569/2018 Plenário (Auditoria, Relator Ministro Aroldo Cedraz))

Assunto: Pessoal. Ressarcimento administrativo. Dispensa. Marco temporal. Vantagem pecuniária individual. STM.

Ementa: A data da publicação da decisão liminar proferida pelo STF nos autos da Reclamação 14.872/DF (14/3/2016) deve ser adotada como marco para que haja a dispensa da reposição dos valores indevidamente percebidos na esfera administrativa dos órgãos que concederam reajuste a seus servidores mediante conversão da vantagem pecuniária individual (VPI), instituída pela [Lei 10.698/2003](#), em índice relativo ao percentual que essa vantagem representou sobre o menor vencimento básico da Administração Pública Federal no momento de publicação da Lei. No caso do Superior Tribunal Militar (STM), o respectivo marco deve ser o dia 7/6/2016, data da publicação da medida liminar proferida nos autos da Reclamação 24.269/DF.

(Acórdão 2579/2018 Plenário (Pedido de Reexame, Relator Ministra Ana Arraes))

Assunto: Direito Processual. Parte processual. Representante. Habilitação de interessado.

Ementa: Eventual contribuição do representante para o deslinde dos autos, mediante apresentação de informações adicionais, não é razão suficiente para habilitá-lo como parte no processo, uma vez que o TCU dispõe de meios próprios para averiguar os fatos, podendo promover diligências ou inspeções nos órgãos e entidades sob a sua jurisdição.

(Acórdão 2586/2018 Plenário (Agravo, Relator Ministro Bruno Dantas))

Assunto: Direito Processual. Princípio da ampla defesa. Defensor constituído. Ausência. Defensor dativo. Advogado.

Ementa: A ausência de nomeação de defensor dativo não gera nulidade, pois a constituição de procurador, advogado ou não, é facultativa no âmbito do TCU, podendo as partes praticar diretamente os atos processuais (art. 145 do [Regimento Interno do TCU](#)).

(Acórdão 14038/2018 Primeira Câmara (Recurso de Reconsideração, Relator Ministro José Múcio Monteiro))

Assunto: Pessoal. Teto constitucional. Base de cálculo. Vantagem pessoal. Vantagem opção. Gratificação de representação de gabinete. Quintos. Adicional por tempo de serviço. Verba indenizatória.

Ementa: Na apuração do teto remuneratório, devem ser incluídas na base de cálculo as vantagens pessoais de qualquer natureza, a exemplo de representação mensal, opção, incorporação de quintos e adicional por tempo de serviço, e excluídas somente as verbas de caráter indenizatório.

(Acórdão 14041/2018 Primeira Câmara (Pedido de Reexame, Relator Ministro José Múcio Monteiro))

Assunto: Direito Processual. Tomada de contas especial. Julgamento. Mérito. Obrigatoriedade. Débito. Inexistência.

Ementa: A inexistência de dano ao erário não é motivo para arquivamento, sem julgamento de mérito, de tomada de contas especial, devendo haver manifestação conclusiva do TCU sobre o emprego dos recursos públicos da União.

(Acórdão 10852/2018 Segunda Câmara (Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Vital do Rêgo))

Assunto: Responsabilidade. Multa. Dosimetria. Recurso. Desprovemento. Revisão de ofício. Redução. Princípio da proporcionalidade.

Ementa: O não provimento do recurso não impede a redução, de ofício, da multa aplicada com fundamento no art. 57 da [Lei 8.443/1992](#), quando realizada em homenagem ao princípio da proporcionalidade.

(Acórdão 10853/2018 Segunda Câmara (Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Aroldo Cedraz))

INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS nº 358
Sessões: 30 e 31 de outubro, 06 e 07 de novembro de 2018

Plenário

1. São requisitos para a contratação direta de empresa parceira com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais): a) avença obrigatoriamente relacionada com o desempenho de atribuições inerentes aos respectivos objetos sociais das empresas envolvidas; b) configuração de oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do art. 28, § 4º, da Lei das Estatais; c) demonstração da vantagem comercial para a estatal; d) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e e) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo, servindo a esse propósito, por exemplo, a pertinência e a compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na celebração de acordo de parceria entre a Telebras e empresa privada, cujo objetivo era estabelecer o compartilhamento da receita decorrente da utilização da capacidade do Satélite Geoestacionário de Defesa e de Comunicações Estratégicas. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a suposta inobservância, na celebração do acordo, dos requisitos contidos na Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais). Em seu voto, o relator destacou que, da leitura do art. 28, *caput* e § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016, depreende-se que, embora a realização de licitação seja a regra, estão previstas exceções aplicáveis aos casos em que a sociedade de economia mista esteja atuando de maneira a explorar atividade econômica relativa à sua atividade fim. Segundo ele, *“ao realizar procedimento negocial afeto à sua finalidade, a estatal poderá se valer de meios que lhe permitam competir em condições de igualdade com as empresas privadas do setor econômico em que ela atua. Em síntese, quando realizar uma negociação comercial, diretamente relacionada com as atividades que compõem seu objeto social, a empresa buscará uma solução de contratação que seja mais próxima à de uma empresa privada”*. De acordo com o relator, à luz do aludido dispositivo legal, seriam requisitos para a contratação direta da empresa parceira: a) configuração de uma oportunidade de negócio, o qual pode ser estabelecido por meio dos mais variados modelos associativos, societários ou contratuais, nos moldes do estabelecido no art. 28, § 4º, da Lei das Estatais; b) demonstração da vantagem comercial para a estatal; c) comprovação, pelo administrador público, de que o parceiro escolhido apresenta condições que demonstram sua superioridade em relação às demais empresas que atuam naquele mercado; e d) demonstração da inviabilidade de procedimento competitivo. O relator constatou que, no caso concreto, a análise da parceria levou em conta o histórico da empresa parceira, a modelagem estabelecida pelas partes, as premissas estabelecidas pela Diretoria e pelo Conselho de Administração, os pareceres jurídicos e o plano de negócios da Telebras, sempre com vistas à consecução dos objetivos do Programa Nacional de Banda Larga. O relator também considerou relevante a alegação da Telebras no sentido de que a Lei 13.303/2016 submeteu a contratação associativa a um regime distinto da inviabilidade de competição propriamente dita, sendo, portanto, *“possível afastar a licitação com fulcro em fatores que variam nos casos concretos. Assim, por exemplo, a pertinência e compatibilidade de projetos de longo prazo, a comunhão de filosofias empresariais, a complementariedade das necessidades e a ausência de interesses conflitantes devem ser sopesadas”*. No caso vertente, acrescentou o relator, *“a Telebras entendeu que a experiência da parceira com o atendimento a clientes finais que moram em pequenas localidades era um diferencial relevante a favor dessa empresa”*. Outrossim, o relator salientou que a existência de possíveis concorrentes não necessariamente implicaria a necessidade de ser realizado processo competitivo, haja vista que, conforme evidenciado em seu voto, *“a escolha do parceiro pode*

decorrer de avaliações subjetivas, que devem estar embasadas em critérios bem definidos”. Ao final, concluiu que as falhas identificadas na parceria sob exame deveriam acarretar determinações corretivas, porém não seriam “*aptas a ensejar a anulação do contrato*”, no que foi acompanhado pelo colegiado.

Acórdão 2488/2018 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.

2. É vedado o pagamento à vista por licenças de software ainda não ativadas, uma vez que o momento da entrega definitiva nesse tipo de aquisição é o da ativação da licença. Normas de direito financeiro afetas à Administração Pública (arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964) impõem que a liquidação das despesas seja realizada por ocasião da entrega definitiva do bem ou da realização do serviço.

Auditoria operacional realizada com o objetivo de avaliar práticas comerciais adotadas por grandes fabricantes de tecnologia da informação (TI) na relação com a Administração Pública constatou grande risco de que aquisições de licenças de software e de serviços agregados não fiquem adstritas às reais necessidades das organizações, gerando gastos com produtos não utilizados. Nesse contexto, mereceu destaque o “*fato de que a forma de pagamento utilizada na aquisição de licenças de software e de serviços agregados expõe o órgão a riscos e pode afetar a economicidade da contratação, uma vez que o modelo de pagamento à vista é adotado pela maioria dos fabricantes tanto para licenças como para serviços agregados*”. Em seu voto, o relator considerou não ser possível o pagamento à vista por licenças ainda não ativadas, isso porque “*normas de direito financeiro afetas à Administração Pública impõem que a liquidação das despesas deve ser realizada por ocasião da efetiva entrega do bem ou a realização do serviço. Nesse momento, é que o órgão está apto a aferir se o que foi contratado foi disponibilizado, seja quantitativamente ou qualitativamente*”. No caso de licenças de software, acrescentou o relator, “*o momento da entrega definitiva é o da ativação da licença*”, conseqüentemente “*o pagamento não pode ser realizado de forma antecipada, sob pena de infringir frontalmente os dispositivos da legislação de licitações e contratos, bem como normas de caráter financeiro (arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964)*”. Tal controle, segundo o relator, “*evitaria a nefasta situação encontrada em diversos órgãos, em que licenças são adquiridas em elevado número e não utilizadas, a exemplo do que está ocorrendo no Grupo Eletrobrás em relação às licenças do software [...]*”. Sobre essa situação, julgou oportuno reproduzir o seguinte excerto da instrução da unidade técnica: “*No caso da utilização em ambientes já estabelecidos, as organizações costumam adquirir grande volume de licenças em uma mesma contratação para gerar economia de escala, reduzindo, assim, o valor unitário da licença [...]. Tal prática é coerente quando há boa estimativa da demanda, caso contrário há possibilidade de serem adquiridas licenças que não são utilizadas de imediato, resultando em gastos desnecessários [...]. Diante dessa situação, é aconselhável que as organizações avaliem com cuidado a relação custo-benefício de adquirir o volume pretendido para que a quantidade abrangida seja a necessária para os objetivos da contratação [...]. Já nos casos de compras voltadas para a utilização em projetos, a aquisição imediata de alto volume de licenças pode ser prejudicial, pois parte dessas licenças tende a ser utilizada apenas após a finalização do projeto, muitas vezes sujeito a atrasos, isso se o projeto ainda não fracassar, pois, nesse caso, a licença sequer é utilizada. Ademais, o pagamento de serviços agregados referentes às licenças não utilizadas em sua totalidade pode configurar irregularidade grave e dano ao erário, uma vez que há pagamento por serviços não utilizados*”. Em conclusão, o relator divergiu da unidade técnica quanto à possibilidade, em situações excepcionais, do pagamento antecipado por serviços agregados, sob o argumento de que “*não socorre esse raciocínio o fato de que os grandes fabricantes de software adotam globalmente a prerrogativa de pagamento*

antecipado, uma vez que, sendo o contrato executado em solo brasileiro, deve-se respeitar a legislação pátria". Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu, entre outras providências, determinar à Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e ao Conselho Nacional de Justiça que estabeleçam orientação normativa junto às organizações federais sob sua supervisão para que *"adquiram quantitativo de licenças estritamente necessário, vedando-se o pagamento antecipado por licenças de software, vinculando o pagamento dos serviços agregados às licenças efetivamente utilizadas, principalmente em projetos considerados de alto risco ou de longo prazo, nos quais o quantitativo deve ser atrelado à evolução do empreendimento, e devidamente documentado nos estudos técnicos preliminares, podendo ser utilizado o Sistema de Registro de Preços, que viabiliza o ganho de escala na compra ao mesmo tempo que proporciona a aquisição no momento oportuno conforme Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, alínea f, art. 7º, § 4º, art. 15, § 7º, inciso II, Decreto 7.892/2013, art. 3º, inciso II, art. 5º, incisos I e II, art. 6º, caput, art. 9º, incisos II e III"*.

Acórdão 2569/2018 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Aroldo Cedraz.

3. Para o cálculo do montante a ser apresentado como garantia adicional, a expressão "valor resultante do parágrafo anterior", constante do art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993, corresponde ao menor valor entre os referidos nas alíneas "a" (média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração) e "b" (valor orçado pela Administração) do § 1º, sem aplicação do percentual de 70% mencionado neste dispositivo.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 168/2016, conduzido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), cujo objeto (parcelado em 24 lotes) era a prestação de *"serviços de disponibilização, instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos de controle de tráfego nas rodovias federais"*. Entre as irregularidades suscitadas, teria havido, num dos lotes, favorecimento indevido de empresa convocada após a fase de lances, porquanto lhe fora *"dispensada a exigência de garantia ampliada, em possível afronta aos princípios da impessoalidade, da vinculação ao edital e da isonomia"*. Em seu voto, o relator concordou com a unidade técnica que houve, de fato, equívoco na fórmula utilizada pelo pregoeiro para calcular o parâmetro para exigência de garantia adicional, na forma do art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993, o qual deve ser 80% do menor valor entre as alíneas "a" (média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração) e "b" (valor orçado pela Administração) do § 1º do referido artigo. No caso concreto, *"o pregoeiro usou inadequadamente como patamar um valor equivalente a R\$ 70.068.076,08, ou seja, igual a 80% sobre 70% do menor valor entre as alíneas 'a' e 'b' do § 1º. Assim, segundo seus cálculos, somente seria necessária a garantia adicional caso a proposta fosse menor do que 80% do parâmetro de exequibilidade, o que afronta os ditames da Lei de Licitações"*. Entretanto, o relator discordou da unidade instrutiva acerca do patamar máximo adotado como referência para apuração do valor da garantia adicional a ser exigida. Em termos práticos, em decorrência da *"redação confusa da parte final do mencionado § 2º, discute-se a interpretação do termo 'valor resultante do parágrafo anterior', ou seja, avalia-se se a referência máxima seria o menor valor entre as alíneas 'a' (média aritmética das propostas ofertadas) e 'b' (valor orçado pela administração), ou 70% (setenta por cento) desse montante"*. Para a unidade técnica, o valor da garantia adicional equivaleria à diferença entre o valor considerado para se determinar a inexecutabilidade de proposta (70% do menor valor entre as alíneas 'a' e 'b' do § 1º) e o valor da proposta apresentada pela licitante. Em

divergência, invocando para tanto a [Decisão 1.713/2002 Plenário](#), o relator sustentou que dessa deliberação poderiam ser extraídas duas conclusões, quais sejam: “a) deve ser exigida garantia adicional caso o valor global da proposta vencedora seja inferior a 80% do menor valor entre: i) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração e ii) valor orçado pela administração; b) o valor dessa garantia é calculado pela diferença entre o valor resultante do art. 48, § 1º da Lei 8.666/1993, ou seja, o menor entre os valores das alíneas ‘a’ e ‘b’, e o valor da proposta”. Portanto, para ele, “a expressão ‘valor resultante do parágrafo anterior’, constante do art. 48, § 2º, da Lei nº 8.666/93, corresponde ao menor valor referido nas alíneas ‘a’ e ‘b’ do § 1º, sem aplicação do índice de 70% referido nesse dispositivo”. Acolhendo o voto do relator, o Plenário decidiu determinar ao Dnit que, “em relação ao certame licitatório referente ao lote 15 do pregão eletrônico 168/2016, exija a prestação de garantia adicional por parte da licitante (...), calculada segundo os critérios do artigo 48 da Lei 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal, nos termos da Decisão 1.713/2002 – Plenário”.

[Acórdão 2503/2018 Plenário](#), Representação, Relator Ministro Bruno Dantas.