

ÓRGÃOS DE DIFERENTES ENTES FEDERATIVOS PODERÃO REALIZAR “LICITAÇÕES COMPARTILHADAS”

TC 034.034/2021-8 – Tribunal
Superior Eleitoral

Em 10 de agosto de 2022, o Tribunal de Contas da União (TCU) decidiu pela possibilidade da prática de licitações compartilhadas entre os órgãos de diferentes entes federativos. Pela licitação compartilhada, dois ou mais órgãos se juntam para a contratação de um serviço.

A dúvida sobre a possibilidade jurídica da prática de licitações compartilhadas foi apresentada em consulta formulada pelo ministro-presidente do Tribunal Superior Eleitoral. O ministro questionou acerca da viabilidade jurídica de órgão da administração pública federal utilizar-se de instrumento contratual de prestação de serviços fornecidos por empresa vencedora de licitação realizada por outro ente federativo. Foram feitos os seguintes questionamentos:

“a) Há viabilidade jurídica de um órgão público federal utilizar-se/beneficiar-se de um objeto/serviço previsto em um instrumento contratual firmado entre órgão público estadual/municipal e a empresa prestadora do serviço, oriundo de um procedimento licitatório submetido a regime jurídico diverso do aplicado no âmbito da União?

b) A eventual utilização do instrumento contratual estadual/municipal por órgão da Administração Pública Federal estaria condicionada a quais premissas legais, levando em conta as diferenças entre a legislação de regência federal e a estadual/municipal?

c) A celebração de ato formal entre o órgão federal interessado e o órgão estadual/municipal signatário do instrumento contratual, estabelecendo as condições de uso do objeto contratual, teria o condão de permitir que o pagamento pela parcela de serviço prestado ao órgão federal fosse realizado diretamente pelo órgão federal?”





Em resposta, o TCU considerou que há possibilidade de licitação compartilhada entre os entes federativos, promovendo-se o mesmo nível de publicidade requerido para as licitações em âmbito federal e com cada órgão gerenciando, acompanhando e fiscalizando seu próprio contrato, o que incluiria o pagamento direto, pelo órgão federal, à empresa contratada, sem a necessidade de intermediação do órgão estadual/municipal.

O tribunal ressaltou, contudo, que o aproveitamento, por um órgão público federal, de contrato já firmado por um órgão público estadual/municipal, fora das hipóteses de planejamento e licitação compartilhada, não é possível juridicamente. Isso porque o único instrumento legal para esse fim seria a adesão à ata de registro de preços (ARP), no âmbito do Sistema de Registro de Preços. Entretanto, o Decreto nº 7.892/2013 e a Lei nº 14.133/2021 vedam aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ARP de ente federativo.

A possibilidade de licitação compartilhada, para além da tradicional “carona” em registro de preços, é um instrumento que pode trazer maior eficiência à contratação pública, sobretudo quando há muitos bens e serviços que são usualmente contratados por diversos entes federativos. Com os custos e esforços usualmente empreendidos na mera realização de licitação, unificar contratações de diversos entes num único certame tende a trazer benefícios para todos eles.

TCU DECIDE PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DISGORGEMENT

016.588/2019-3 – Petróleo Brasileiro S.A.

Histórico

No processo de origem (Acórdão nº 2677/2018), o TCU identificou a existência de superfaturamentos em contratos relativos às obras da Refinaria Abreu e Lima (RNEST) da Petrobras. Naquela ocasião, a área técnica e o Ministério Público de Contas (MP/TCU) entenderam que o valor apurado constituía lucro indevido, concluindo pela responsabilização do contratado e pela necessidade de apropriação desse valor a título de ressarcimento.

Naquela ocasião, o relator divergiu, ao entender que a persecução dos valores de lucro ilícito auferido pelas empresas teria natureza sancionatória (e não ressarcitória). Deste modo, a matéria estaria abrigada em normas de âmbito penal, alheias à competência do TCU, diante da reserva legal do Poder Judiciário. Esse entendimento foi validado pelo Plenário.

Fundamentos recursais

Divergindo da decisão, o MP/TCU recorreu sob o argumento de que a vedação à apropriação do lucro tido como ilícito mitigaria a reparação dos danos sofridos pela Administração, além de diminuir o impacto na prevenção de novos comportamentos lesivos. Reforçou, ainda, o argumento da natureza reparatória da pretensão de se apropriar do lucro indevido auferido pelas empresas. O contratado infrator não faria jus à margem de lucro relativa aos itens executados, que deveriam ser indenizados somente pelo valor do custo de produção.

A tese central do MP/TCU é a de que a devolução de lucro ilícito não representa uma penalidade, mas sim imputação de débito de natureza indenizatória, decorrente da nulidade do contrato e em observância à aplicação do princípio da proibição ao enriquecimento sem causa. Para correta definição da natureza jurídica da devolução do lucro ilícito, ponderou que era necessária a observância às regras advindas de Direito Administrativo, informadas pelo Direito Civil, sobretudo pela teoria geral dos contratos.

Por fim, o MP/TCU sustentou que os acordos de leniência e as colaborações premiadas já celebradas no âmbito do contrato em discussão não afastam as competências constitucionais do TCU, e, além disso, o dano tratado nos autos não estaria plenamente contemplado nesses acordos.

Decisão

O relator do recurso, ministro Antonio Anastasia, afirmou que a jurisprudência do TCU não estava pacificada quanto à natureza jurídica da exigência de restituição de lucros ilegítimos.

O ministro ressaltou dois exemplos de caso: o Direito espanhol, pela teoria do produto bruto ou do produto bruto mitigado (também denominada de teoria do produto líquido), e o Direito estadunidense, pela teoria do disgorgement.

No primeiro, opera-se a distinção entre a restituição de lucros advinda de contratos lícitos e ilícitos: se o objeto de contrato é lícito, mas decorrente de fraude, será aplicada a teoria do produto líquido, segundo a qual o contratado tem direito a ser indenizado pelo que executou, deduzidos os lucros ilegítimos que, se já tiverem sido auferidos, deverão ser restituídos.

No segundo, o disgorgement se filia à perspectiva do enriquecimento injusto, na medida em que a exigência de devolução dos lucros ilegítimos é consequência do convencimento sobre a injustiça do lucro auferido pela parte, sem que, para tanto, tenha havido causa lícita. Esta vertente reforça o entendimento de que uma pessoa não pode lucrar com seu próprio erro às custas de outrem. O disgorgement, segundo o ministro, não tem relação direta e proporcional com o dano sofrido pela vítima, mas sim com o acréscimo patrimonial experimentado pelo autor do ilícito.

No Direito brasileiro, o relator observou que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem utilizando, como fundamentos para restituição de lucros ilegítimos no âmbito do Direito Administrativo, as disposições da lei de licitações, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e os efeitos decorrentes da declaração de nulidade do contrato administrativo, no sentido de que se deve buscar, na medida do possível, o retorno ao status quo ante (status originário).

A partir desses três fundamentos, compreendeu que a restituição de lucros ilegítimos está fundamentada no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, assim como no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e ainda nos efeitos retroativos da declaração de nulidade, no sentido de que se deve buscar a restauração do status quo ante.

Logo, a restituição de lucros ilegítimos não seria, em regra, uma sanção, mas sim uma consequência jurídica de natureza predominantemente civil, ainda que possa ser exigida também na esfera penal, quando o ilícito for tipificado como crime, ou na esfera administrativa, quando decorrente de ilícito dessa mesma natureza.

Quanto à competência do tribunal, o ministro Anastasia asseverou que a ausência de previsão nas normas do TCU para exigir a restituição de lucros ilegítimos não é empecilho para a atuação da corte, pois não se trata de uma sanção, mas sim de obrigação de natureza civil-administrativa. Ressaltou, contudo, que a atuação do TCU deverá ocorrer de modo indireto, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, no sentido de que seja fixado prazo para o administrador público adotar as devidas providências ao exato cumprimento da lei.

A partir daí, o ministro entendeu por negar provimento ao recurso, à compreensão de que primeiro seria necessário determinar à Petrobras que verificasse com a AGU e a CGU se a exigência de restituição dos lucros ilegítimos foi incluída nos acordos de leniência e de colaboração celebrados com os investigados. E, apenas se estas medidas não tiverem sido suficientes, a Petrobras deverá tomar as medidas legais e administrativas cabíveis para se obter a restituição dos lucros ilegítimos a que se refere o processo de origem.

O entendimento do relator foi acompanhado pelos demais ministros. Ao final, o recurso de reconsideração foi conhecido e, no mérito, foi-lhe negado provimento.

A despeito do entendimento originário do TCU, revertido no julgamento do recurso, o pagamento pelos lucros ilegítimos já vinha sendo admitido, com maior ou menor ênfase, em outras instâncias e no próprio TCU (a depender da interpretação dada a essa obrigação). O julgado em apreço tem o condão de sistematizar a ideia de que essa obrigação é mesmo reparatória e não sancionadora, o que pode conduzir à aplicação em outros processos no âmbito do TCU e, também, nos processos administrativos nos próprios órgãos ou entidades da Administração.

O desafio que se põe é a correta aferição desses valores, sobretudo porque o julgado é claro em preservar os custos de produção, isto é, os custos de execução do objeto contratual. Há o risco de que, ao pugnar pela apropriação dos lucros ilegítimos, a Administração acabe adentrando na parcela daquilo que é mera remuneração. Nesse caso, inverter-se-ia o argumento do enriquecimento sem causa em desfavor da Administração, que não poderia se apropriar daquilo que foi efetivamente empregado na entrega de um bem ou na prestação de um serviço em seu benefício.

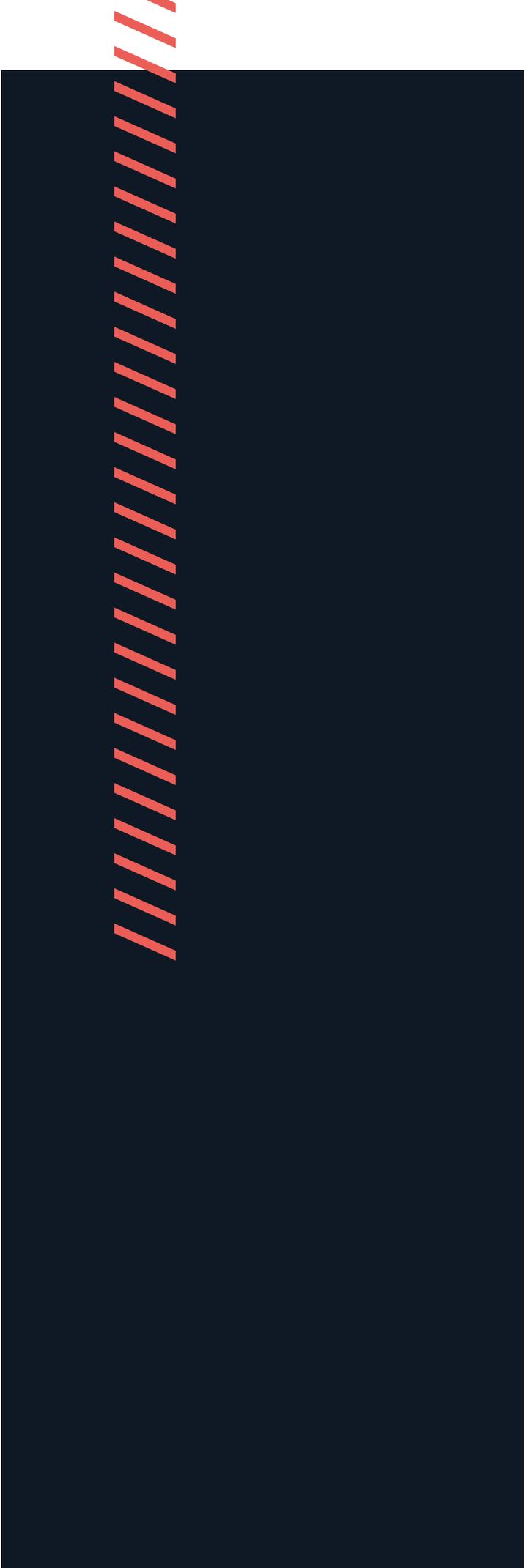
SEMELHANÇAS DE SÓCIOS E ATIVIDADES ENTRE EMPRESAS PODEM LEVAR À EXTENSÃO DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

TC 044.589/2020-4 – Declaração de Inidoneidade – Governo Federal

Trata-se de pedido de reexame interposto contra o Acórdão nº 1.368/2021. Na origem, o tribunal declarou a inidoneidade da recorrente para participar de licitação da administração pública federal, sob o argumento de que a recorrente teria sido manejada para burlar pena semelhante imposta a empresa com mesma composição societária.

O destaque do julgado condiz com a conclusão da área técnica – posteriormente ratificada no Acórdão – de que, se constatando fraude à licitação, na forma do art. 46 da Lei nº 8.443/1992, não há necessidade de examinar a hipótese de abuso da personalidade jurídica, prevista no artigo 50 do Código Civil. Entendeu-se que não houve imputação de responsabilidades pessoais aos administradores das empresas, razão pela qual não haveria necessidade de analisar a teoria de desconstituição da personalidade jurídica do Código Civil no presente caso, pois o fundamento para a aplicação da penalidade decorreu de fraude à licitação, nos termos do art. 46 da Lei Orgânica do TCU.

Esse entendimento, na prática, pode resultar numa mitigação indevida da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, ao resumi-la aos casos em que a desconconsideração atinge apenas aos sócios ou acionistas, mas não a empresas coligadas. Essa compreensão ignora que a fraude suscitada somente pode ser assim considerada quando evidenciado o abuso na personalidade jurídica da coligada, o que, por certo, pressupõe avaliação detida, com garantia de contraditório e ampla defesa – o que, aliás, consta expressamente da Lei nº 14.133/2021.



Este boletim é um informativo produzido pela equipe de Direito Administrativo e Projetos Governamentais de TozziniFreire Advogados.

SÓCIOS RESPONSÁVEIS PELO BOLETIM:

- ✉ Caio de Souza Loureiro
- ✉ Claudio Coelho de Souza Timm
- ✉ José Augusto Dias de Castro
- ✉ Marcelo Zenkner

Mais informações em:

tozzinifreire.com.br/

**Tozzini
Freire.**
ADVOGADOS