

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 020.648/2016-2

Natureza: Representação

Representante: CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP

Interessado: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai

Unidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) – Refinaria de Manaus

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. REFINARIA DE MANAUS. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE AMOSTRAGENS E ANÁLISES DE GASES DE COMBUSTÃO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA PRÉVIA DETERMINADA PELO RELATOR. REJEIÇÃO DE AGRAVO. ENTIDADE INTEGRANTE DO SISTEMA “S”. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAR DE CERTAME. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. AUSÊNCIA DE TRATAMENTO DIFERENCIADO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada com base no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, por meio da qual a licitante CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP solicita a suspensão cautelar do Convite nº 1964015.16.8, Oportunidade 7001719263, em realização pela Petróleo Brasileiro S.A., objetivando a contratação de serviços de amostragens e análises dos gases de combustão das chaminés de fontes fixas das instalações industriais da Refinaria de Manaus, com oferta de menor preço de R\$ 925.951,22.

2. Rejeitado o agravo manejado pela representante, a Secex/AM analisou a documentação enviada a esta Corte de Contas em resposta às oitivas por mim autorizadas, concluindo pela procedência parcial da presente representação, como segue:

“HISTÓRICO

5. *Embasada no recurso administrativo impetrado perante a Petrobras (peça 1, p. 32-53), depois da sessão realizada no dia 27/7/2016, a argumentação da representante (peça 1, p. 1-22) versou, em suma, a respeito de dois pontos:*

a) restrição à competitividade do certame, decorrente do tratamento não isonômico conferido ao licitante melhor classificado, Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai). Por ser integrante do Sistema ‘S’, o Senai teria benefícios fiscais não extensíveis aos demais licitantes – por serem empresários – e, como consequência, no contexto de uma licitação, isso configuraria ofensa à Constituição em diversos dispositivos (princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade; arts. 5º, caput; 37, caput, e 150, § 3º).

b) não concessão do tratamento diferenciado referido nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006, uma vez que a proposta da representante (peça 1, p. 56) foi de R\$ 955.766,00, ao passo que a do Senai totalizou R\$ 925.951,22. Portanto, deveria ter sido oportunizado à empresa que diminuísse seu preço, uma vez que estava empatada com o primeiro colocado, nos termos da legislação.

6. Diante disso, requereu ao Tribunal a adoção da medida cautelar para suspender a licitação, a fim de que a Petrobras adotasse o procedimento previsto no art. 45 da Lei Complementar nº 123/2006.

7. Na primeira instrução (peça 4), restou consignado que os pontos levantados pela CTA Engenharia eram graves, o que ensejaria a interrupção do certame. No entanto, os autos careciam de elementos que permitissem inferir os indícios necessários para a concessão de medida cautelar. Tampouco foi possível obter tais elementos no sítio da Petrobras na internet. Na verdade, não se tinha cópia do edital do convite, nem informações acerca da situação em que se encontrava o certame, o que impedia confirmar, de pronto, a presença dos requisitos previstos no art. 276 do Regimento Interno do TCU.

8. Assim, após instrução da unidade técnica e despacho do Ministro-Relator (peças 5 e 7), foi realizada oitiva prévia da Petrobras e do Senai, tendo sido notificada a representante acerca dessa decisão.

9. Por oportuno, registre-se que a CTA Engenharia interpôs agravo contra o despacho que determinou a oitiva prévia (peça 16), conhecido e rejeitado, mediante o Acórdão nº 2.055/2016-TCU-Plenário (peça 26).

10. Inicialmente, a correspondência referente à oitiva do Senai foi direcionada para a sede da instituição, em Brasília (peça 8). Em resposta (peça 12), a entidade esclareceu que o participante no certame é o Departamento Regional do Senai no Estado do Rio de Janeiro (Senai/RJ), a quem foi expedido o novo Ofício nº 2.041/2016, de 2/8/2016 (peça 21).

11. Igualmente, o primeiro ofício de oitiva foi encaminhado à Petróleo Brasileiro S.A. – Refinaria de Manaus (peça 9), nos termos do despacho do Relator, e depois à sede da empresa, no Rio de Janeiro/RJ (Ofício nº 2.040/2016, de 2/8/2016, peça 22), o que foi inclusive solicitado posteriormente pela Petrobras (peça 23).

12. O Senai/RJ apresentou resposta à oitiva por meio de correspondência eletrônica (peça 35). Por sua vez, a Petróleo Brasileiro S.A. encaminhou os documentos às peças 32 e 34.

EXAME TÉCNICO

Resposta da Petrobras

Restrição à competitividade do certame (item 5, alínea 'a', desta instrução)

13. Do ponto de vista do Direito Civil e Contratual, não se vislumbram óbices à participação do Senai nos procedimentos licitatórios simplificados da Petrobras, considerando se tratar de pessoa jurídica de direito privado voltada à promoção da qualificação e especialização dos trabalhadores da indústria através de cursos de aprendizagem e o oferecimento de soluções tecnológicas para empresas por intermédio de programas de assessoria técnica e serviços tecnológicos.

14. Por outro lado, sob a ótica do Direito Tributário, menciona consultoria interna prestada no âmbito do DIP JURÍDICO/GG-MR/RN-CE nº 471/2014 (peça 34, p. 166-172), e proferida pela Gerência de Direito Tributário e Ambiental da Petrobras, nos seguintes termos: 'Aos serviços sociais autônomos, a exemplo do Senai, a Constituição da República confere tratamento tributário diferenciado, conforme art. 150, inciso VI, com o objetivo de estimular a execução de suas atividades educacionais e de assistência social.'

15. Com isso, o Senai/RJ goza de imunidade com relação aos impostos incidentes sobre patrimônio, renda ou serviços, podendo ser citados, exemplificativamente: IPTU, Imposto de Renda, IOF, ISS, entre outros.

16. Assim, não pode a Petrobras recusar uma prerrogativa conferida pela Constituição ou pela lei aos licitantes, sem haver um fundamento no ordenamento jurídico legitimador de tal atitude. De fato, se o legislador decidiu tratar de modo diferente alguns licitantes, não cabe à Petrobras retirar esses benefícios sem qualquer base legal.

17. Consoante já alertado pela Consultoria Jurídica da Petrobras (DIP Jurídico nº 161/2009), a chamada 'equalização de propostas', que tem como objetivo anular a vantagem competitiva de licitante que goze de benefício fiscal, não é recomendável juridicamente. Tal entendimento, inclusive, está de acordo com a jurisprudência do TCU (Acórdão nº 963/2004, Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça).

18. Dessa forma, observada a compatibilidade entre o objeto social do Senai/RJ e o do contrato que se pretende celebrar, bem como competência territorial da referida instituição para realização dos serviços licitados, não há óbices à sua participação no certame instaurado, uma vez ausente o desrespeito aos princípios da isonomia, legalidade e impessoalidade apontados pela representante CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP.

Ausência de concessão de tratamento diferenciado previsto na LC nº 123/2006 (item 5, alínea 'b', desta instrução)

19. A Petrobras tem entendimento firmado no sentido de que o art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 é inaplicável às licitações promovidas pela Companhia, nos termos do Parecer Jurídico DIP JURÍDICO/JSERV nº 5.199/2007, no sentido de que 'o destinatário da Lei Complementar nº 123/2006 é, essencialmente, a Administração Pública Direta'.

20. O referido parecer menciona ainda que:

'(...) na qualidade de empresa estatal, deve a Petrobras seguir, com fundamento constitucional, regime diferenciado quanto às suas contratações, mais assemelhado ao das empresas privadas, de modo a que possa atender aos requisitos de competição do mercado. E, em sendo assim, não estaria abarcada pelos destinatários elencados no art. 1º da Lei Complementar nº 123/2006.

21. Amparada pelos argumentos apontados acima, a comissão de licitação informou a todas licitantes, no dia 26/7/2016, sobre o indeferimento do recurso interposto pela CTA, não tendo, contudo, por cautela, dado prosseguimento à licitação, tendo em vista o recebimento do ofício do TCU que alertava a Petrobras quanto à possibilidade de determinação da suspensão do convite e de refazimento de atos que porventura venham a ser julgados irregulares.

22. A Petrobras anexou aos autos a seguinte documentação (peça 34):

- a) edital do convite (p. 1-126);
- b) relatório do processo de licitação (p. 127-131);
- c) recurso administrativo da empresa CTA (p. 132-151);
- d) contrarrazões do Senai/RJ ao recurso da CTA (p. 152-156);
- e) parecer jurídico da Petrobras sobre o recurso administrativo da referida licitante (p. 157-165);

f) parecer jurídico da estatal acerca da consulta da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) relativa à inclusão do Senai/RJ em processo licitatório (p. 166-173).

23. Solicita sigilo com relação aos pareceres jurídicos encaminhados (item 22, alíneas 'e' e 'f' desta instrução).

Resposta do Senai/RJ

24. Em apertada síntese, o Senai/RJ (peça 35) afirma que não há vedação legal à participação em certames licitatórios de entidades imunes, como o próprio Senai. O fato impossibilitaria a obtenção da proposta mais vantajosa, em detrimento do interesse público.

25. Segundo alegações da representante, a imunidade tributária do Senai seria um diferencial que favoreceria a sua formação de preço, resultando num valor inferior ao cotado pelos demais licitantes, não beneficiários da imunidade constitucional tributária.

26. Todavia, informa que, dada a natureza do objeto da licitação, qual seja, 'serviços de amostragens e análises de gases de combustão de chaminés de fontes fixas da Reman', tal parcela é irrelevante para a formação do preço final. A tributação que foi calculada, mas não integrou o preço ofertado, não atinge nem 1% do custo final.

Análise

Restrição à competitividade do certame

27. Quanto à suposta restrição à competitividade do certame, o Tribunal entendeu, em caso semelhante, não ser cabível a equalização da licitação para anular vantagens econômicas. A igualdade a ser garantida nas licitações não se destina a tornar essas entidades artificialmente equivalentes, o que, inclusive, afetaria a escolha da proposta mais vantajosa, porém assegurar uma

ampla participação e dar a cada licitante o mesmo tratamento nos atos intrínsecos ao processamento do certame (Acórdãos nºs 307/2004, 963/2004 e 305/2005, todos do Plenário).

28. *Por pertinente, cabe transcrever as ponderações constantes do voto condutor do Acórdão nº 307/2004-TCU-Plenário:*

'18. Em princípio, a equalização defendida não possui amparo na Lei de Licitações, que só prevê um caso de igualamento de licitantes, fundamentado na proteção do empresariado nacional, que se dá no caso da oneração dos preços de proponente estrangeira com os mesmos tributos que incidem somente sobre as empresas brasileiras em operações de venda efetuadas no mercado interno (art. 42, § 4º).

19. Por outro lado, a consideração fictícia de encargos pelos quais a cooperativa não responde, pela sua peculiar natureza definida pela lei, diversamente de prestigiar a igualdade, estaria se constituindo numa discriminação com esse tipo associativo. Veja-se que, analogamente, há empresas que gozam de benefícios fiscais, a exemplo de isenção de impostos ou redução de alíquotas, ou que se sujeitam a regimes tributários estaduais ou municipais distintos, ou ainda que têm acesso facilitado a subsídios ou incentivos creditícios, com reflexos importantes nos seus custos operacionais, mas que nem por isso ficam submetidas ao recurso da equalização.

20. Na realidade, cada licitante, segundo a espécie de organização ou a posição ocupada nos campos jurídico e econômico, guardará sua particularidade, intangível no julgamento da licitação. A igualdade a ser garantida nas licitações não se destina a tornar essas entidades artificialmente equivalentes, o que, inclusive, afetaria a escolha da proposta mais vantajosa, porém, sim, a assegurar uma ampla participação e dar a cada licitante o mesmo tratamento nos atos intrínsecos ao processamento do certame.'

29. Com efeito, a equalização não encontra amparo na Lei nº 8.666/1993, salvo nos casos de concorrências de âmbito internacional, nas quais é permitido o ajuste das propostas dos licitantes estrangeiros, no tocante aos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros, visando à proteção do empresariado nacional. Assim, não assiste razão à representante, uma vez que a participação do Senai/RJ no convite em tela, sem a ocorrência de equalização entre as propostas comerciais, não representa qualquer ilegalidade ou prejuízo à isonomia do certame.

Ausência de concessão de tratamento diferenciado previsto na LC nº 123/2006

30. A Petrobras alega que o art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 é inaplicável às licitações promovidas pela Companhia, nos termos do Parecer Jurídico DIP JURIDICO/JSERV nº 5.199/2007, no sentido de que 'o destinatário da Lei Complementar nº 123/2006 é, essencialmente, a Administração Pública Direta'.

31. Ocorre que o art. 47 da referida lei é cristalino ao dispor que:

'Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.'

32. É cediço que a Petrobras integra a administração pública indireta. Portanto, inclui-se no campo de incidência da referida norma. Com efeito, à Petrobras e suas subsidiárias aplica-se o disposto na Lei nº 8.666/1993, até que seja regulamentado o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, conforme entendimento pacífico deste Tribunal (Acórdãos nºs 3.006/2015, 2.302/2015, 2.811/2012, 1.548/2011 e 1.548/2011, todos do Plenário).

33. Nessa esteira, o art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 prevê que, 'Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte'.

34. Portanto, de acordo com o entendimento combinado da Lei nº 8.666/1993, da jurisprudência do TCU e da Lei Complementar nº 123/2006, a Petrobras está obrigada a licitar e, nas

suas licitações, deverá ser assegurada preferência de contratação às microempresas e empresas de pequeno porte.

35. *Assim, não merecem prosperar os argumentos da Petrobras, carecendo de respaldo legal o parecer jurídico da entidade (DIP JURIDICO/JSERV nº 5.199/2007), que fundamentou o entendimento de que não se lhe aplica a LC nº 123/2006.*

36. *No caso concreto, a proposta do Senai/RJ, vencedor do certame, foi de R\$ 925.951,22 e a da representante CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP, de R\$ 955.766,00, de acordo com o relatório do processo licitatório do convite extraído do sistema Petronect (peça 34, p. 127).*

37. *Dessa forma, configurou-se o denominado empate ficto, uma vez que a proposta da EPP estava dentro do intervalo de até 10% superior à proposta mais bem classificada, conforme estipula o art. 44, § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006.*

38. *Diante disso, caberia à Petrobras convocar a CTA, empresa de pequeno porte, conferindo-lhe oportunidade de apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que seria adjudicado em seu favor o objeto licitado, nos termos do art. 45, inciso I, da LC nº 123/2006.*

39. *Ocorre que a Petrobras não adotou tais procedimentos previstos na referida lei, inclusive negando provimento ao recurso administrativo da CTA, como declarou a própria entidade em sua resposta à oitiva (peça 32, p. 10).*

40. *Por oportuno, releva registrar que a Petrobras suspendeu a licitação, por iniciativa própria e por cautela, informando ainda que o certame atualmente se encontra em fase de coleta de assinaturas no relatório final da comissão de licitação (peça 32, p. 9-10).*

Concessão de medida cautelar

41. *Consoante o art. 276 do Regimento Interno/TCU, o Relator poderá, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, determinando a suspensão do procedimento impugnado, até que o Tribunal julgue o mérito da questão. Tal providência deverá ser adotada quando presentes os pressupostos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora**.*

42. *Analizando os elementos apresentados pela representante, verifica-se que não há, nos autos, os pressupostos acima mencionados. Embora presente o **fumus boni iuris**, haja vista que a Petrobras não adotou os procedimentos previstos na Lei Complementar nº 123/2006, em especial nos arts. 44 e 45, por entender que não se lhe aplica a referida lei, não se evidenciou o **periculum in mora**. A Petrobras já suspendeu a licitação, por iniciativa própria, como informou em sua resposta à oitiva (peça 32, p. 9). Assim, deve ser indeferido o pedido de medida cautelar.*

CONCLUSÃO

43. *O documento constante da peça 1, p. 1-22, deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237 do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993.*

44. *No que tange ao requerimento de medida cautelar, entende-se que não está presente nos autos o requisito do **periculum in mora**, uma vez que a Petrobras já suspendeu a licitação, por iniciativa própria, como informou em sua resposta à oitiva (peça 32, p. 9).*

45. *Assim, deve o pedido de medida cautelar ser indeferido pelo Tribunal, sem prejuízo de se determinar à Petrobras que, caso deseje dar continuidade ao Convite nº 1964015.16.8, Oportunidade nº 7001719263, retorne à fase de julgamento das propostas e convoque a empresa CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP, e, se houver, as demais microempresas ou empresas de pequeno porte que se enquadrem na situação prevista no art. 44, **caput** e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, para que lhes seja dada oportunidade de apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, nos termos do art. 45, inciso I, da referida lei.*

46. *Convém ainda determinar à Petrobras que adote providências no sentido de observar o cumprimento da Lei Complementar nº 123/2006 em todas as licitações que realizar, bem como que*

encaminhe ao Tribunal a documentação comprobatória de atendimento à determinação contida no parágrafo anterior.

47. Nesse sentido, convém encaminhar cópia da deliberação a ser proferida à Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (SecexEstataisRJ), considerando que a Petrobras é unidade jurisdicionada daquela secretaria do Tribunal.

48. Por fim, em atendimento ao pedido da Petrobras e com base na Lei nº 12.527/2011, cabe conferir sigilo aos pareceres jurídicos da Petrobras constantes nestes autos (peça 34, p. 157-165 e 166-173).

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

49. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

49.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 e o art. 103, § 1º, da Resolução TCU nº 259/2014;

49.2. indeferir o requerimento de medida cautelar formulado pela CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP, em face da inexistência dos pressupostos necessários para sua adoção;

49.3. considerar, no mérito, parcialmente procedente a presente representação;

49.4. conferir sigilo aos pareceres jurídicos da Petrobras constantes nestes autos, com base na Lei nº 12.527/2011;

49.5. determinar à Petrobras que:

a) adote providências no sentido de observar o cumprimento da Lei Complementar nº 123/2006 em todas as licitações que realizar;

b) caso deseje dar continuidade ao Convite nº 1964015.16.8, Oportunidade nº 7001719263, retorne à fase de julgamento das propostas e convoque a CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP, e, se houver, as demais microempresas ou empresas de pequeno porte que se enquadrem na situação prevista no art. 44, **caput** e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, para que lhes seja dada oportunidade de apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, nos termos do art. 45, inciso I, da referida lei;

c) encaminhe ao Tribunal, no prazo de cinco dias, a documentação comprobatória de atendimento à determinação contida na alínea anterior;

49.6. determinar à Secex/AM que monitore o cumprimento da determinação contida no item anterior, alíneas 'b' e 'c';

49.7. comunicar à representante, ao Senai/RJ e a SecexEstataisRJ a decisão a ser proferida;

49.8. arquivar o processo.”

É o relatório.

VOTO

Ante o atendimento dos requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie, pode ser conhecida pelo Tribunal a representação formulada pela CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP, com pedido de suspensão cautelar do Convite nº 1964015.16.8, Oportunidade 7001719263, em realização pela Petróleo Brasileiro S.A., objetivando a contratação de serviços de amostragens e análises dos gases de combustão das chaminés de fontes fixas das instalações industriais da Refinaria de Manaus.

2. Apontou a representante a ocorrência das seguintes irregularidades:

a) restrição à competitividade do certame, decorrente do tratamento não isonômico dado ao licitante melhor classificado, o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai, que teria benefícios fiscais não extensíveis às sociedades empresárias, o que configuraria ofensa à Constituição Federal (arts. 5º, **caput**, 37, **caput**, e 150, § 3º, e os princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade);

b) não concessão do tratamento diferenciado previsto nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 para o caso de empate de propostas (Senai = R\$ 925.951,22 e EPP = R\$ 955.766,00), de modo que a representante pudesse ter reduzido o seu preço.

3. Considerando que a adoção de medida cautelar sem a prévia oitiva da parte responsável é procedimento excepcional, cuja aplicação deve se restringir aos casos de incontornável urgência, determinei a adoção dos procedimentos previstos no art. 276, § 2º, do Regimento Interno.

4. O agravo oposto contra esse despacho pela CTA foi conhecido e rejeitado, mediante o Acórdão nº 2.055/2016-TCU-Plenário, por não trazer fatos novos com relação aos requisitos para o deferimento de cautelar sem a oitiva da unidade jurisdicionada.

5. Analisadas as novas informações inseridas no presente processo (peça 32, p. 9), a Secex/AM ressaltou que a Petrobras já suspendeu a licitação, por iniciativa própria, o que afasta o requisito do **periculum in mora** para o deferimento da medida pleiteada pela representante.

6. No mérito, apesar de saber da existência de divergência jurisprudencial sobre o tema, concordo com a unidade técnica que não existe vedação legal para a participação do Senai, devendo ser afastada a tese de equalização defendida pela representante, na medida em que a Lei de Licitações só prevê um caso de igualamento de licitantes, fundamentado na proteção do empresariado nacional, que se dá mediante a oneração dos preços de proponente estrangeira com os mesmos tributos que incidem somente sobre as empresas brasileiras em operações de venda efetuadas no mercado interno (art. 42, § 4º, da Lei nº 8.666/1993), em consonância com o Acórdão nº 307/2004-TCU-Plenário, em cujo voto o Ministro-Relator Marcos Vinícios Vilaça asseverou:

“20. Na realidade, cada licitante, segundo a espécie de organização ou a posição ocupada nos campos jurídico e econômico, guardará sua particularidade, intangível no julgamento da licitação. A igualdade a ser garantida nas licitações não se destina a tornar essas entidades artificialmente equivalentes, o que, inclusive, afetaria a escolha da proposta mais vantajosa, porém, sim, a assegurar uma ampla participação e dar a cada licitante o mesmo tratamento nos atos intrínsecos ao processamento do certame.”

7. Assim, no meu entender, a participação do Senai/RJ, sem a equalização entre as propostas comerciais, não representa qualquer ilegalidade ou prejuízo à isonomia do convite em tela.

8. Todavia, devo ressaltar que este Tribunal já deliberou sobre a inadequação da contratação de entidade do Sistema “S” para o desempenho de atividade empresarial, por não estar em consonância com as suas finalidades institucionais, que, inclusive, são subvencionadas indiretamente pelo poder público, nos termos do Acórdão nº 2917/2011-TCU-Plenário.

9. No caso, nem o Senai, nem a Petrobras, foram ouvidos especificamente sobre a referida questão, mas considero pertinente informar à companhia contratante dessa restrição reconhecida pelo Tribunal, para que a avalie a partir do próprio do Convite nº 1964015.16.8, se tiver continuidade.

10. De qualquer modo, assiste razão à representante no que se refere à irregularidade decorrente da falta de concessão do tratamento diferenciado positivado na Lei Complementar nº 123/2006, haja vista especialmente o que dispõe seu art. 47:

“Art. 47 Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014)”

11. Ao regulamentar essa matéria, o Decreto nº 8.538/2015 deixou claro, em seu art. 1º, § 1º, qual a abrangência da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, ou seja:

“Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual – MEI e sociedades cooperativas de consumo, nos termos deste Decreto, com o objetivo de:

(...)

§ 1º Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.’

12. Nesse mesmo sentido, é a nova Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), cujo Título II traz as disposições aplicáveis às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da união ou seja de prestação de serviços públicos. O art. 28, § 1º, veio reforçar o entendimento de que as estatais se inserem no âmbito de incidência do tratamento diferenciado assegurado pela LC nº 123/2006, como segue:

“Art. 28 Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.”

13. Dessa forma, cabe rejeitar as alegações da Petrobras, baseadas em parecer jurídico emitido ainda nos idos de 2007, de que “o destinatário da Lei Complementar nº 123/2006 é, essencialmente, a Administração Pública Direta”.

14. Tanto a Constituição Federal, no seu art. 46, quanto a LC nº 123/2006 e o Decreto nº 8.538/2015 garantem tratamento diferenciado para as micro e empresas de pequeno porte no universo das licitações.

15. Segundo informações enviadas em resposta à oitiva prévia (peça 32, p. 9), a Petrobras já suspendeu a licitação, por iniciativa própria, ficando, em decorrência, prejudicado o pedido de concessão de medida cautelar, ainda mais que o presente processo já está em condições de ser apreciado no mérito.

16. Concluiu a unidade técnica que, caso a Petrobras deseje dar continuidade ao Convite nº 1964015.16.8, Oportunidade nº 7001719263, deve retornar à fase de julgamento das propostas e convocar CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP, bem como as demais licitantes que se enquadrarem na situação prevista no art. 44, **caput** e § 1º, da Lei Complementar nº 123/2006, de modo

a assegurar-lhes o direito de oferecer cotação de preço inferior àquela considerada vencedora do certame (art. 45, inciso I), como segue:

“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

(...)

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado.”

17. Quanto à sugestão de se determinar à Petrobras que adote providências no sentido de observar o cumprimento da Lei Complementar nº 123/2006 em todas as licitações que realizar, considero descabida a expedição de comando meramente com vistas à observância de norma legal pela unidade jurisdicionada.

18. No que tange à inserção nos autos de peças protegidas por sigilo (peça 34, p. 157-165 e 166-173), deve a Secex/AM seguir especialmente o estabelecido na Resolução nº 254/2013 (dispõe sobre a classificação da informação quanto à confidencialidade no âmbito do Tribunal de Contas da União), cujos arts. 4º, § 2º, e 14 preveem que:

“Art. 4º (...)

§ 2º Cabe ao TCU respeitar a classificação atribuída na origem às informações recebidas de pessoa física ou jurídica externa ao Tribunal.”

“Art. 14 A informação recebida de pessoa física ou jurídica externa deve ser rotulada no momento de seu recebimento, em conformidade com a classificação atribuída na origem.”

Diante do exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 21 de setembro de 2016.

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO
Relator

ACÓRDÃO Nº 2439/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 020.648/2016-2
2. Grupo I – Classe VII – Representação
3. Representante: CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP (CNPJ 03.826.691/0001-75)
- 3.1. Interessado: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial – Senai (CNPJ 03.646.961/0001-66)
4. Unidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) – Refinaria de Manaus
5. Relator: Ministro José Múcio Monteiro
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: Secex/AM
8. Advogados constituídos nos autos: Mauro Porto (OAB/DF nº 12.878), Náthaly Calixto de A. F. Barros (OAB/RJ nº 177.744), Patrícia Franco Bonfadini (OAB/RJ nº 152.991) e Wagner Bragança (OAB/RJ nº 109.734)

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação formulada com base no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, c/c o art. 237, inciso VII, do Regimento Interno, por meio da qual a licitante CTA Engenharia Ambiental Ltda. – EPP solicita a suspensão cautelar do Convite nº 1964015.16.8, Oportunidade 7001719263 (que atualmente se encontra suspenso por iniciativa da própria Petrobras), objetivando a contratação de serviços de amostragens e análises dos gases de combustão das chaminés de fontes fixas das instalações industriais da Refinaria de Manaus, com oferta de menor preço de R\$ 925.951,22.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos arts. 237, inciso VII, e 276, § 2º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, ante a ausência de tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas regulado pela Lei Complementar nº 123/2006;

9.2. determinar à Petrobras que:

9.2.1. adote medidas assecuratórias da preferência de contratação, em situação legal de empate, para as microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de retomada do Convite nº 1964015.16.8, Oportunidade nº 7001719263, suspenso por iniciativa dessa estatal, hipótese em que o certame deverá retornar à fase que permita à pequena empresa mais bem classificada a apresentação de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação;

9.2.2. observe nas suas licitações o disposto no subitem 9.3 do Acórdão nº 2917/2011-TCU-Plenário, no sentido de ser inadequada a contratação de entidade do Sistema “S” para o desempenho de atividade empresarial fora das suas finalidades institucionais;

9.2.3. encaminhe ao Tribunal, no prazo de 30 (trinta) dias, informações acerca das providências adotadas por essa companhia;

9.3. dar ciência desta decisão à representante, ao Senai/RJ e à SecexEstataisRJ;

9.4. determinar à Secex/AM que monitore o cumprimento desta deliberação;

9.5. arquivar os autos.

10. Ata nº 36/2016 – Plenário.

11. Data da Sessão: 21/9/2016 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2439-36/16-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro (Relator), Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

JOSÉ MÚCIO MONTEIRO

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral