



Número 477

Sessões: 27 e 28 de fevereiro; 5 e 6 de março de 2024

Este Informativo contém informações sintéticas de decisões proferidas pelos Colegiados do TCU, relativas à área de Licitações e Contratos, que receberam indicação de relevância sob o prisma jurisprudencial no período acima indicado. Os enunciados procuram retratar o entendimento das deliberações das quais foram extraídos. As informações aqui apresentadas não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento prevalecente do TCU sobre a matéria. O objetivo é facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes do TCU. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor das deliberações por meio dos links disponíveis.

SUMÁRIO

Plenário

1. A transferência de titularidade da concessão pública, em decorrência da alienação do controle acionário da empresa concessionária, sem a observância mínima dos requisitos de habilitação presentes no edital da licitação que deu origem à concessão, ainda que mitigados de forma fundamentada, viola o art. 27, § 1º, incisos I e II, da Lei 8.987/1995, além de poder configurar burla aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo.
 2. É possível a inversão de fases entre habilitação e julgamento das propostas com relação à aplicação da prova de conceito, desde que, nos documentos relativos ao planejamento do pregão, sejam apresentadas as devidas razões, com explicitação dos benefícios decorrentes, sob pena de violação ao art. 17, §§ 1º e 3º, da Lei 14.133/2021, bem como ao princípio da motivação, previsto no art. 5º da mencionada lei. Se é cabível postergar toda a fase de julgamento das propostas para depois da habilitação, nada impede o postergamento de apenas uma parte da avaliação das propostas, a exemplo da prova de conceito.
-

PLENÁRIO

1. A transferência de titularidade da concessão pública, em decorrência da alienação do controle acionário da empresa concessionária, sem a observância mínima dos requisitos de habilitação presentes no edital da licitação que deu origem à concessão, ainda que mitigados de forma fundamentada, viola o art. 27, § 1º, incisos I e II, da Lei 8.987/1995, além de poder configurar burla aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) relacionadas ao contrato de concessão da BR-393/RJ, trecho entre Além Paraíba-MG e Volta Redonda-RJ, celebrado em 26/3/2008 e decorrente do Leilão-ANTT 7/2007, no âmbito do qual estaria a concessionária “*incumbida da exploração da infraestrutura rodoviária, da prestação de serviços públicos e da execução de obras, em observância ao Programa de Exploração da Rodovia (PER), sendo remunerada mediante cobrança de pedágio*” . Conforme a representante, em 12/9/2018, a empresa controladora da concessionária protocolara, na ANTT, requerimento de anuência prévia (art. 27 da Lei 8.987/1995) à cessão da totalidade das ações representativas do capital social da concessionária para duas outras empresas, sob a alegação de ter sido afetada pela conjuntura econômica do país à época. Por meio da Deliberação-ANTT 820, de 10/10/2018, a agência reguladora anuiu à pretendida transferência de controle acionário, decisão amparada pela Nota Técnica 69/2018/GEREFSUINF e pelo Memorando 961/2018/SUINF, ambos datados de 9/10/2018. A autora da representação identificou indício de irregularidade grave na sobredita Deliberação 820/2018, consubstanciado na inobservância dos requisitos exigíveis de qualificação econômica (art. 27 da Lei 8.987/1995; arts. 29 e 30 da Lei 10.233/2001; itens 3.28 e 3.29 do Edital 7/2007; item 16.52 do Contrato de Concessão), em afronta aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da vinculação ao instrumento convocatório (art. 37, *caput*, da Constituição Federal; art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/1999). Para fim de apuração, foi realizada a oitiva da ANTT e da concessionária, bem como a audiência dos servidores e diretores da agência que contribuíram para a autorização da transferência de controle acionário. Em seu voto, ao apreciar as justificativas trazidas aos autos, o relator



discorreu, preliminarmente, acerca da necessidade de observância, por parte de empresas que pleiteiam a assunção de contratos de concessão já existentes, das condições previstas no edital licitatório daquela concessão. Segundo ele, “é consabido que os contratos de concessão de serviços públicos, que pactuam relações de longo prazo entre agentes privados e o poder concedente, são incompletos pela sua própria natureza, dado que seria impossível exaurir ex ante as hipotéticas situações a serem vivenciadas no decorrer da concessão”, cabendo ao ente regulador acompanhar o desempenho da concessionária em face da evolução do mercado e das condições fáticas, buscando o atingimento dos objetivos do negócio jurídico. Por sua vez, acrescentou o relator, tem o TCU admitido, no exercício de seu papel de controlador de segunda ordem, alterações motivadas de cláusulas inicialmente pactuadas, desde que mantido o objeto da concessão e que seja demonstrado, pelas agências reguladoras, o atendimento dos pressupostos legais. Ainda de acordo com o relator, no que concerne à transferência de controle societário da concessionária, a Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões), posteriormente alterada pelas Leis 11.196/2005 e 13.907/2015, prevê tal possibilidade, desde que observados certos requisitos, transcrevendo o art. 27 da mencionada norma: “*A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. § 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá: I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.*” (grifos do relator). Ademais, prosseguiu o condutor do processo, a Lei 10.233/2001 (Lei de criação da ANTT) elenca critérios para a transferência de titularidade de concessões rodoviárias: “*Art. 29. Somente poderão obter autorização, concessão ou permissão para prestação de serviços e para exploração das infra-estruturas de transporte doméstico pelos meios aquaviário e terrestre as empresas ou entidades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, e que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela respectiva Agência. Art. 30. É permitida a transferência da titularidade das outorgas de concessão ou permissão, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo titular atenda aos requisitos a que se refere o art. 29.*” (grifos do relator). Concluiu assim que os aludidos diplomas legais “*prevêem, para os postulantes a assumirem o controle da concessão, a obrigatoriedade de atendimento de condicionantes técnicas, econômicas, jurídicas e fiscais estabelecidas pela Agência, bem como o cumprimento das cláusulas do contrato em vigor.*” Na sequência, o relator ressaltou o argumento aduzido pelos gestores ouvidos em audiência, no sentido de que “*não há, nos dispositivos elencados, a previsão de que as empresas candidatas atendam necessariamente aos mesmos requisitos previstos no instrumento convocatório original da concessão,*” ponderando, no entanto, que, ao estabelecer as exigências para a transferência da titularidade da concessão, “*não pode a Agência alegar discricionariedade para desviar-se das amarras previstas no arcabouço normativo*”, isso porque a legislação “*dispõe expressamente a necessidade de licitação prévia à concessão pública, com ferramentas para assegurar a publicidade dos atos e a participação isonômica dos interessados (art. 14 da Lei 8.987/1995)*”. Por conseguinte, “*a transferência de titularidade da concessão sem a observância mínima dos requisitos originais, ainda que mitigados de forma fundamentada, pode se configurar como burla aos princípios da impessoalidade e do julgamento objetivo.*” Retomando o caso concreto, o relator pontuou que o item 2.28 do Edital 7/2007, que deu origem ao contrato de concessão, previa a necessidade de comprovação, pelos proponentes, de um patrimônio líquido (PL) igual ou superior a R\$ 81.852.500,00, a ser mantido durante a vigência contratual, todavia, a nova empresa controladora, que passou a ter 99,99% das ações da concessionária, possuía um PL de apenas R\$ 10.000,00, correspondente a tão somente 0,01% do mínimo exigido. Para o relator, não foram apresentadas justificativas plausíveis pelos responsáveis para a desconsideração desse requisito primário de habilitação financeira da empresa controladora na análise que precedeu a transferência da concessão, mormente quando se constatava que a então controladora “*já vinha com baixo nível de execução do PER, encontrando-se ainda o contrato antes da metade da vigência, por ocasião do pleito de transferência*”. O relator também chamou a atenção para o fato de que a nova controladora tinha como atividades econômicas a gestão empresarial e o comércio de equipamentos de informática, desenvolvimento de programas de computador, suporte em informática, atividades de intermediação e gerenciamento de serviços em geral, holding de instituições não financeiras, correspondente de instituições financeiras, locação de automóveis, transporte rodoviário de cargas, teleatendimento, cobranças e representação comercial, ao passo que a outra empresa acionista tinha como atividade econômica principal o aluguel de imóveis próprios. Portanto, arrematou o relator, “*atuavam em setores sem qualquer correlação com a gestão de ativos de infraestrutura rodoviária*”. Sobre a análise realizada pelos



técnicos da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária-SUINF/ANTT, além da “irregularidade capital” de eles não terem assinalado a falta de lastro financeiro da proponente, na forma de patrimônio líquido minimamente compatível com a concessão, o relator frisou que as empresas proponentes configuravam-se como “*prestadoras de serviços administrativos, possuindo registro de poucos funcionários em seus quadros (entre 1 e 4)*”, razão pela qual “*a análise de aptidão financeira a partir do exame das demonstrações financeiras, do cálculo de índices de endividamento etc., mostra-se totalmente inadequada para o fim a que se propunha*”. Em consequência, manifestou-se no sentido de que a Nota Técnica 69/2018/GEREF/SUINF violara o disposto nos arts. 29 e 30 da Lei 10.233/2001, ao permitir que empresas que flagrantemente não atendiam aos requisitos de qualificação econômica assumissem o controle da concessão da BR-393/RJ, tendo o referido documento sido elemento essencial para o julgamento pela Diretoria da ANTT, com a consequente consumação da transferência irregular de controle acionário da concessionária. Acerca das responsabilidades, por entender configurada a irregularidade dos signatários daquela nota técnica, propôs a aplicação de multa individual, no valor de R\$ 30.000,00. Quanto ao responsável pela aprovação da Deliberação 820/2018, particularmente pela “*forma inoportuna pela qual o processo de anuência à transferência de controle da concessionária foi inserido em apreciação extrapauta na 784ª Reunião da Diretoria da ANTT, no próprio dia da sessão (10/10/2018), além de ter designado relator ad hoc, contrariando normativos da Agência, o que dificultou escrutínio mais aprofundado do caso*”, considerou cabível a aplicação de multa no montante de R\$ 50.000,00. Com relação ao autor do voto que aprovava a Deliberação 820/2018, cujo resultado prático fora a transferência irregular de controle acionário da concessionária, ante a falta de justificativa plausível, considerou cabível aplicar-lhe multa no valor de R\$ 50.000,00. Em acréscimo, face à gravidade da sua conduta, sustentou que este último responsável deveria ficar inabilitado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, pelo prazo de cinco anos, com fundamento no art. 60 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), no que foi inteiramente acompanhado pelos demais ministros.

Acórdão 304/2024 Plenário, Representação, Relator Ministro Antonio Anastasia.

2. É possível a inversão de fases entre habilitação e julgamento das propostas com relação à aplicação da prova de conceito, desde que, nos documentos relativos ao planejamento do pregão, sejam apresentadas as devidas razões, com explicitação dos benefícios decorrentes, sob pena de violação ao art. 17, §§ 1º e 3º, da Lei 14.133/2021, bem como ao princípio da motivação, previsto no art. 5º da mencionada lei. Se é cabível postergar toda a fase de julgamento das propostas para depois da habilitação, nada impede o postergamento de apenas uma parte da avaliação das propostas, a exemplo da prova de conceito.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no item 2 do Pregão Eletrônico 10/2023, promovido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) sob a regência da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), com vistas à seleção de empresa ou instituição especializada para realizar a “*aplicação de até 100.000 pré-testes e questionários, na modalidade digital, com correção de itens objetivos e de resposta construída e produção textual*”. A representante alegou que sua inabilitação teria sido indevida, pois, além de outras irregularidades que a envolveram, a decisão do pregoeiro teria ocorrido sem a realização da prova de conceito, embora esta estivesse prevista no edital. Ao adotar medida cautelar para que o Inep se abstivesse de dar prosseguimento ao item 2 do Pregão Eletrônico 10/2023, o relator promoveu as oitivas da autarquia e da vencedora da licitação, a fim de que elas se manifestassem acerca da seguinte ocorrência, entre outras: “*estabelecimento de prova de conceito apenas do licitante que tenha sido considerado habilitado, em possível afronta ao disposto nos incisos IV e V e § 3º do art. 17 da Lei 14.133/2021, que levam à compreensão de que a habilitação sucede o julgamento da proposta, no qual está inserida a prova de conceito*”. Em resposta, o Inep, em síntese, assinalou: i) a prova de conceito não teria o objetivo de avaliar os aspectos de capacidade logística da licitante na aplicação do exame, e sim demonstrar a sua capacidade técnica para a execução do objeto; ii) o professor Marçal Justen Filho, ao analisar a nova Lei de Licitações e Contratos, deixara registrado que a prova de conceito “*pode ser utilizada para avaliar a capacitação técnica da licitante para executar a proposta objeto da licitação*”, hipótese cuja “*finalidade será o exame da atuação subjetiva do licitante*”, cabendo “*a sua realização na fase de análise da habilitação*”; iii) o termo de referência trabalharia a prova de conceito “*dentro do contexto ampliado da qualificação técnica do licitante melhor classificado, sendo em primeiro momento a comprovação da capacidade operacional, ‘know how’ e posteriormente o potencial*



tecnológico”, ordem essa definida por se entender “primeiramente necessária a confirmação da capacidade de operação em larga escala e com a expertise exigida, para a posteriori promover a avaliação tecnológica, visando assim evitar possíveis custos impróprios aos licitantes que não se mostrassem aptos à execução pretendida sob o aspecto logístico e operacional”. iv) não haveria “exigência de habilitação do licitante para promoção da prova de conceito, e sim das qualidades técnicas previstas, em que a licitante primeiramente comprove seu potencial logístico para posteriormente ser avaliada tecnologicamente, o que ocorre em fases antecedentes à formalização da habilitação”; v) a representante não apresentara atestado de capacidade técnica em conformidade com o edital do certame. Por sua vez, a vencedora do certame aduziu, em essência, as seguintes considerações: i) “o art. 17, § 3º, e o art. 41, parágrafo único, da Lei 14.133/2021, o art. 29, § 1º, da IN Sege/ME 73/2022, o item 9 do Estudo Técnico Preliminar 11/2023 e o item 8.96 do TR” consagrariam o entendimento de que a prova de conceito “deve ocorrer após a realização das fases de propostas e de habilitação, na última etapa antes do julgamento definitivo da licitação”, afinal, “por ser realizada somente com o licitante provisoriamente vencedor do certame (e não apenas da fase de propostas), conforme é o entendimento do TCU, pressupõe-se a prévia realização das fases de propostas e de habilitação”; ii) a prova de conceito “compõe a fase de julgamento de propostas, e não a fase de habilitação (art. 17, § 3º da Lei 14.133/2021), no entanto, isso não implica vedação ao desmembramento dessa etapa ou vedação ao diferimento” da prova de conceito “para o último momento processual antes da declaração do licitante vencedor”, diferimento que “se justifica sob a ótica da eficiência e da racionalidade administrativa, especialmente em casos nos quais há altos custos, material e pessoal envolvidos”, como ocorreu no caso concreto; iii) a execução da prova de conceito pelo contratante exige tempo e mobilização de pessoal e de equipamentos, motivo pelo qual não seria razoável realizá-la antes da fase de habilitação, uma vez que “é possível que haja uma decisão posterior de inabilitação, o que implicaria a retomada” da prova de conceito “com múltiplos licitantes, sucessivamente, até se chegar a um resultado favorável de habilitação, que, aliás, foi justamente o que ocorreu no caso concreto: a licitante provisoriamente vencedora no lance foi posteriormente inabilitada”, de maneira que a eventual realização da prova de conceito teria sido inútil; iv) levando em consideração a eficiência administrativa e o formalismo moderado, a realização da prova de conceito “após a fase de habilitação (e antes do julgamento dos recursos) é a solução mais adequada e satisfatória, pois permite a evolução das formalidades para a futura contratação (sem a realização de múltiplas PoCs), que será aperfeiçoada após o julgamento final”; v) assim, seria “mais razoável e eficiente realizar a PoC somente com o licitante provisoriamente vencedor do certame – na última etapa antes da instauração da fase recursal e do encerramento da licitação”. Ao apreciar as justificativas trazidas aos autos, a unidade técnica frisou que, ao contrário do que afirmara a vencedora do certame, as normas por ela citadas não definem que a prova de conceito deve ocorrer após a realização das fases de propostas e de habilitação, na última etapa antes do julgamento definitivo da licitação. Nesse sentido, transcreveu os aludidos dispositivos da Lei 14.133/2021: “Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I - preparatória; II - de divulgação do edital de licitação; III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; VI - recursal; VII - de homologação. § 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação. (...) § 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do caput deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico”. Concluiu então que, ao contrário do que asseverara a vencedora, os dispositivos acima “afirmam que a prova de conceito integra a fase de julgamento das propostas, e que esta deve anteceder a habilitação”. Dessa forma, “pelo rito ordinário previsto no art. 17 da Lei 14.133/2021, a prova de conceito deve ser realizada antes da análise da habilitação dos licitantes”. A unidade instrutiva pontuou também não ser verdadeiro o argumento de que o entendimento do TCU é no sentido de que a prova de conceito pressupõe a prévia realização das fases de propostas e de habilitação. Como exemplo, mencionou o Acórdão 2763/2013-Plenário, em que restara consignado que a prova de conceito pode ser exigida do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, mas não como condição de habilitação, por inexistência de previsão legal. Por outro lado, continuou a unidade técnica, o art. 17, § 1º, da Lei 14.133/2021 traz a possibilidade de que a fase de habilitação, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceda as fases de apresentação de propostas e lances e de



julgamento, desde que expressamente previsto no edital de licitação. E arrematou: “*se é possível postergar toda a fase de julgamento das propostas para depois da habilitação, nada impediria o postergamento de apenas uma parte da avaliação das propostas, no caso, referente à prova de conceito. Apesar de as justificadas apresentadas agora para a inversão de fases serem razoáveis, e do fato de que, a princípio, não houve prejuízos à disputa, não constou, nos documentos da contratação, a devida motivação para a implementação de tal medida, tal como determina o § 1º do art. 17 da Lei 14.133/2021, sendo necessária a expedição de ciência à Unidade Jurisdicionada quanto a esse ponto*”. Em seu voto, o relator destacou que a exigência de prova de conceito somente após a habilitação do licitante estaria, com efeito, na contramão do que preconiza a Lei 14.133/2021, haja vista que “*a prova de conceito integra a fase de julgamento das propostas, e esta deve anteceder a de habilitação, conforme o rito ordinário previsto em seu art. 17, caput e incisos*”. No entanto, ponderou o relator na esteira do que fora sustentado pela unidade instrutiva, o art. 17, § 1º, da referida lei “*traz a possibilidade de que a fase de habilitação, mediante ato motivado, com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceda as fases de apresentação de propostas e lances e de julgamento, desde que expressamente prevista no edital de licitação*”, e, “*se é possível postergar toda a fase de julgamento das propostas para depois da habilitação, nada impediria o postergamento de apenas uma parte da avaliação das propostas; no caso, a prova de conceito*”. Para ele, conquanto fossem razoáveis as justificativas apresentadas *a posteriori* pelo Inep para a inversão de fases, não constara, nos documentos que embasaram a contratação, a devida motivação para a implementação de tal medida, como determina o art. 17, § 1º, da Lei 14.133/2021. Embora não se pudesse dizer que a inversão de fases, por si só, tivesse causado prejuízos à disputa, o relator entendeu necessária a expedição de ciência ao Inep quanto à irregularidade em comento. Assim sendo, ele propôs, e o Plenário decidiu, entre outras medidas, dar ciência ao Inep quanto à “*ausência nos documentos ligados ao planejamento do Pregão Eletrônico 10/2023 das devidas razões – explicitando os benefícios decorrentes – para a inversão de fases entre habilitação e julgamento das propostas com relação à aplicação da prova de conceito, o que violou os §§ 1º e 3º do art. 17 da Lei 14.133/2021, bem como o princípio da motivação, previsto no art. 5º da mesma norma*”.

Acórdão 387/2024 Plenário, Representação, Relator Ministro Jhonatan de Jesus.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br