



Número 480

Sessões: 9, 10, 16 e 17 de abril 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. O fato de o serviço a ser contratado estar incluído no objeto social da estatal contratante não justifica a não realização de licitação com base na hipótese prevista no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016, uma vez que tal dispositivo se refere a obras e serviços executados diretamente pela estatal na sua atividade fim, utilizando-se de mão de obra própria para desenvolvê-los.

PLENÁRIO

1. O fato de o serviço a ser contratado estar incluído no objeto social da estatal contratante não justifica a não realização de licitação com base na hipótese prevista no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016, uma vez que tal dispositivo se refere a obras e serviços executados diretamente pela estatal na sua atividade fim, utilizando-se de mão de obra própria para desenvolvê-los.

Em processo de acompanhamento, subdividido em três fases de fiscalização, das ações adotadas por órgãos e entidades do setor elétrico para viabilizar o empreendimento “Usina Termonuclear Angra 3” e retomar sua construção, foi constatado que, ainda em 2019, a Eletronuclear (ETN) contratara o BNDES para “*estruturação do modelo jurídico, econômico e operacional junto à iniciativa privada para a construção, manutenção e exploração de Angra 3*”. As primeiras etapas dos estudos contratados concluíram pela inviabilidade de adoção de modelos que envolvessem aportes financeiros de particulares, tendo em vista que o BNDES identificara, em sondagem a possíveis parceiros com expertise em construção de equipamentos e operação de plantas nucleares, que investidores exigiriam elevadas contrapartidas, mas a Eletronuclear permaneceria com todos os riscos da obra. Também fora descartado o modelo chamado “EPCista” (da sigla EPC, para *Engineering, Procurement and Construction*), em que o parceiro privado ficaria encarregado de realizar as obras e obter o financiamento necessário, sendo remunerado pela venda da energia elétrica gerada pela usina, tão logo ela entrasse em operação, em um modelo de parceria público-privada (PPP). Como resultado, o BNDES acabou por recomendar um modelo dito “EPC + Financeiro”, no qual são segregados os riscos de construção e de financiamento, por meio da celebração de contrato de engenharia para finalizar a obra e, em paralelo, contratação do necessário financiamento pela própria Eletronuclear. Tratava-se, basicamente, do processo tradicional de realização de obras por empresas estatais. A fase 2 do acompanhamento foi iniciada em janeiro/2023 e contemplou análise da modelagem econômico-financeira do empreendimento (fontes de financiamento) e da modelagem jurídica (minutas de documentos para contratação do EPC). Na análise da modelagem jurídica, o acompanhamento buscou responder à seguinte questão de auditoria: “*Os requisitos para a contratação do denominado EPC foram atendidos nas minutas preliminares do edital e contrato entregues pelo BNDES e aprovadas pela ETN?*” O trabalho consistiu, essencialmente, na verificação da conformidade com a legislação vigente das principais premissas e critérios adotados para o processo de seleção (licitação) e contratação de empresa de engenharia (o chamado contrato EPC) para execução de obras e serviços destinados a finalizar o empreendimento, tendo a equipe de auditoria apontado, entre outras inconsistências, a “*justificativa inadequada para não realizar licitação nos termos da Lei das Estatais*”, isso porque os consultores contratados pelo BNDES apresentaram recomendação, acolhida pela



Eletronuclear, pela utilização do “modelo de contratação privado” para a conclusão da usina Angra 3. Sob a premissa de que o objeto social da ETN inclui a construção de usinas nucleares, entenderam caracterizada a possibilidade da dispensa de licitação prevista no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), adiante transcrito, e, em consequência, do afastamento do regime público do contrato, que poderia, na visão deles, ser regulado pelas regras do Direito Civil: *“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. (...) § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no Caput, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;”*. Na ausência de um conceito de “*execução indireta*” na própria Lei 13.303/2016, a equipe de auditoria buscou a definição da Lei 8.666/1993, segundo a qual “*execução direta é aquela feita pelos órgãos e entidades da Administração pelos próprios meios*”, e a “*execução indireta ocorre quando o órgão ou entidade contrata com terceiros*”. A equipe havia incluído, no relatório preliminar, proposta de ciência à ETN, ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e ao BNDES quanto ao fato de a não realização de licitação para contratar o remanescente de obras da UTN Angra 3 contrariar o disposto no art. 173 da Constituição Federal, no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei das Estatais e na própria jurisprudência do TCU. Todavia, diante da informação dos gestores de que, em virtude dos questionamentos da equipe de auditoria, pretendiam alterar as minutas de edital e contrato para “*adequá-las ao rito licitatório estampado na Lei das Estatais*”, a equipe excluiu esse encaminhamento no relatório final. Em seu voto, o relator destacou que as empresas reguladas pela Lei das Estatais, ao contratarem a execução de obras com terceiros, não podem se valer da previsão de dispensa de licitação para “*execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras*” (grifos do relator) estabelecida no mencionado art. 28, § 3º, inciso I, uma vez que a contratação de terceiro para a execução de obra afasta, por óbvio, a caracterização de execução direta. Para ele, o conteúdo do referido inciso I se refere unicamente à comercialização, prestação ou execução de forma direta, pelas empresas estatais, de produtos, serviços ou obras relacionados com seus respectivos objetos sociais, abarcando assim obras e serviços executados diretamente pela estatal na sua atividade fim, utilizando-se mão de obra própria para desenvolvê-los. O relator também salientou que, no caso da ETN, essa previsão poderia abarcar, por exemplo, a operação das usinas nucleares, prevista no objeto social, mas em relação à construção de novas usinas, embora também esteja prevista no objeto social, a execução de forma direta não seria possível, por exigir temporariamente grandes quantidades de insumos, principalmente mão de obra de terceiros, que demandariam execução indireta. Ainda conforme o relator, tal interpretação não seria inédita no TCU, haja vista que o Tribunal considerou indevida a aplicação, pela Eletronorte, do art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016, para justificar contratação direta de obras de linhas de transmissão, mesmo com seu objeto social contemplando a construção dessas linhas ([Acórdão 1.528/2019-Plenário](#)). Voltando a atenção para a decisão da equipe de auditoria de excluir do relatório final ciência desse tema às entidades fiscalizadas, o relator, ao divergir de tal decisão, considerou relevante que o Tribunal consignasse mais uma vez “*a impossibilidade de dispensa de licitação, pelas empresas estatais, para contratações de obras, salvo nas hipóteses estritamente enquadradas na previsão dos artigos 29 e 30 da Lei 13.303/2016*” (grifos do relator). Ele frisou não olvidar que o novo estatuto das empresas públicas e sociedades de economia mista busca proporcionar maior celeridade nas contratações efetuadas por essas entidades, possibilitando-lhes competir em igualdade de condições no mercado, no entanto, “*é cristalino que o regime jurídico aplicável às estatais não afasta a obrigatoriedade de sua submissão aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal e no artigo 31 da própria Lei das Estatais, o qual também prevê a necessidade de atenção aos princípios da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo*”. Segundo ele, esse último dispositivo também estabelece que as licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista devem se destinar a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento. Por tais razões, a despeito da sinalização dos gestores em alterar as minutas de edital e contrato, o relator propôs a expedição de ciência “*ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), à Eletronuclear (ETN) e ao Banco Nacional de Desenvolvimento Social*



e Econômico (BNDES)” no sentido de que “a não realização de licitação para o Contrato EPC da UTN Angra 3 contraria o disposto no art. 173 da Constituição Federal/1988, no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) e na jurisprudência do TCU, tal como o Acórdão 1.528/2019-Plenário”, no que foi acompanhado pelos demais ministros.

Acórdão 666/2024 Plenário, Acompanhamento, Relator Ministro Jorge Oliveira.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br