

**Número 178****Sessões: 19 e 20 de novembro de 2013**

Este Informativo, elaborado a partir das deliberações tomadas pelo Tribunal nas sessões de julgamento das Câmaras e do Plenário, contém resumos de algumas decisões proferidas nas datas acima indicadas, relativas a licitações e contratos, e tem por finalidade facilitar o acompanhamento, pelo leitor, dos aspectos relevantes que envolvem o tema. A seleção das decisões que constam do Informativo é feita pela Secretaria das Sessões, levando em consideração ao menos um dos seguintes fatores: ineditismo da deliberação, discussão no colegiado ou reiteração de entendimento importante. Os resumos apresentados no Informativo não são repositórios oficiais de jurisprudência. Para aprofundamento, o leitor pode acessar o inteiro teor da deliberação, bastando clicar no número do Acórdão (ou pressione a tecla CTRL e, simultaneamente, clique no número do Acórdão).

SUMÁRIO**Plenário**

1. Constitui irregularidade a inobservância, pelos administradores de órgãos e entidades jurisdicionados, dos entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União, em especial na área de licitações.
2. É juridicamente viável, para fins de cálculo dos limites de aditamento, a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos contratos referentes a obras de infraestrutura celebrados antes do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010-Plenário por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes.
3. É regular a contratação de seguro de responsabilidade civil para conselheiros, diretores e administradores de empresas estatais, desde que a cobertura não alcance defesas judiciais ou administrativas, indenizações e sanções decorrentes de atos ilícitos ou ilegais praticados (i) dolosamente pelo agente ou (i) com culpa, se comprovado que não foram adotadas as precauções e medidas normativas e legais que se esperariam de um homem médio.
4. A comissão de licitação deve fundamentar adequadamente as avaliações das propostas técnicas, deixando-as consignadas nos autos dos processos licitatórios, não se limitando a meramente expressar as notas/conceitos. Quanto maior a margem de subjetividade que restar ao avaliador na aplicação dos critérios de julgamento, mais consistente e fundamentada deverá ser a justificativa para a nota/conceito atribuída a cada licitante.
5. Nas contratações de obras e serviços rodoviários, é ilegal a aceitação, para fins de habilitação técnica, de atestados de serviços de demolição de pavimento asfáltico para comprovação de experiência em serviços de fresagem, assumindo-os como similares, uma vez que tais serviços têm objetivos e procedimentos distintos.

PLENÁRIO**1. Constitui irregularidade a inobservância, pelos administradores de órgãos e entidades jurisdicionados, dos entendimentos firmados pelo Tribunal de Contas da União, em especial na área de licitações.**

Representação acerca de possíveis irregularidades em pregão eletrônico promovido pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), destinado à contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de engenharia para fiscalização de obra de edificação, apontara possível restrição à competitividade do certame, decorrente de exigência editalícia de quantitativos mínimos para se atestar a capacidade técnica. Em sede de oitiva, após a concessão da cautelar pleiteada pela representante, a Unifesp aduziu que os quantitativos exigidos foram fixados com base no enunciado 24 da Súmula de Jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que os admite para serviços similares, em regra, na proporção de 50 a 60% da execução pretendida, ou outro percentual, desde que devidamente justificado. Analisando o argumento, lembrou o relator que “*não se pode perder de vista que, no que concerne a normas gerais de licitação, devem as entidades jurisdicionadas acatar o posicionamento do Tribunal de Contas da União, conforme expresso no enunciado nº 222 da Súmula de Jurisprudência do TCU, verbis: As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos*”

administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Considerou o relator, contudo, que o caso concreto albergou extrapolação mínima do limite tradicionalmente aceito pelo TCU (50%), e em consonância com orientação do órgão estadual de controle. E que, “*diante da ausência de uma regência objetiva quanto ao mencionado limite na Súmula do TCU, seria até natural que o gestor buscasse orientação complementar sumulada por outro órgão com atribuições semelhantes à Corte de Contas Federal, no caso, o TCE/SP, não sendo razoável, portanto, desaprová-la sua conduta*”. Nesse sentido, o Plenário do TCU, acatando a proposta do relator, julgou parcialmente procedente a Representação, revogando a cautelar adotada e cientificando a Unifesp de que “*constitui irregularidade a inobservância, na tomada de decisões, em especial, na área de licitações, dos entendimentos firmados no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme enunciado nº 222 da Súmula de Jurisprudência deste Tribunal*”. **Acórdão 3104/2013-Plenário, TC 024.968/2013-7, relator Ministro Valmir Campelo, 20.11.2013.**

2. É juridicamente viável, para fins de cálculo dos limites de aditamento, a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos contratos referentes a obras de infraestrutura celebrados antes do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010-Plenário por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes.

Consulta formulada pelo Ministro de Estado dos Transportes indagava sobre a viabilidade jurídica da compensação entre os conjuntos de acréscimos e supressões contratuais necessários à adequada execução dos ajustes celebrados anteriormente à publicação do Acórdão 2.819/2011-Plenário, referentes a obras de infraestrutura a cargo de entidades vinculadas àquele ministério. O relator, revisitando os entendimentos do TCU sobre a matéria, anotou, em consonância com a unidade instrutiva e o Ministério Público/TCU, que é firme a jurisprudência do Tribunal no sentido de que, em tese, para a aplicação dos limites definidos no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93, “*os acréscimos e as supressões nos montantes dos ajustes firmados pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública devem ser realizados de forma isolada, sendo calculados sobre o valor original do contrato, vedada a compensação entre seus valores*”. Relembrando a semelhança da hipótese sob consulta à situação examinada na prolação do Acórdão 2.819/2011-Plenário, anotou que, naquela assentada, o Tribunal, “*ao mesmo tempo em que ratificou esse entendimento jurisprudencial, ressaltou a necessidade de que determinados casos, pela sua especificidade, requereriam tratamento excepcional no intuito de atender à supremacia do interesse público, haja vista que a necessidade de rescindir avenças administrativas, readaptar todos os projetos básicos e promover novos procedimentos licitatórios com todos os trâmites burocráticos a eles inerentes poderia levar à paralisação de serviços e de obras relevantes em curso, a comprometer o interesse público quanto à segurança das rodovias federais e a causar danos imponderáveis ao interesse público*”. Nesse sentido, fora demonstrada no processo correlato a existência de contratos vigentes, de indubitável relevância econômica para o país, cuja conclusão exitosa, haja vista a deficiência dos projetos básicos originais, necessitava de aditamentos em quantitativos “*com compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos ajustes*”. Assim, concluiu o relator que o entendimento adotado naquele acórdão deveria ser aplicado ao presente caso. Contudo, seguindo o parecer do MP/TCU, adotou o trânsito em julgado do Acórdão 749/2010-Plenário como marco temporal para o tratamento excepcional concedido, visto que em julgamento a embargos de declaração ao Acórdão 2.819/2011-Plenário o Tribunal já decidira (Acórdão 570/2012-Plenário) que aquela decisão estabelece o momento a partir do qual o Dnit deve observar a determinação de não fazer compensações de acréscimos e supressões. O Tribunal, endossando a proposta do relator, decidiu responder ao consulente, dentre outros pontos correlacionados, que: “*é juridicamente viável a compensação entre o conjunto de acréscimos e supressões ao objeto dos contratos referentes a obras de infraestrutura celebrados antes do trânsito em julgado do Acórdão 749/2010 – Plenário por órgãos e entidades vinculados ao Ministério dos Transportes*”, desde que “*em cada caso abrangido por essa solução temporária e intemporal acima indicada, os aditivos que vierem a ser celebrados deverão ser justificados quanto à sua pertinência e à sua conformidade às características e diretrizes fundamentais estabelecidas no projeto básico, devendo ser devidamente registrados nos respectivos processos administrativos, estando, assim, disponíveis à fiscalização dos órgãos de controle*”. **Acórdão 3105/2013-Plenário, TC 000.522/2013-9, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, 20.11.2013.**

3. É regular a contratação de seguro de responsabilidade civil para conselheiros, diretores e administradores de empresas estatais, desde que a cobertura não alcance defesas judiciais ou administrativas, indenizações e sanções decorrentes de atos ilícitos ou ilegais praticados (i) dolosamente pelo agente ou (ii) com culpa, se comprovado que não foram adotadas as precauções e medidas normativas e legais que se esperariam de um homem médio.

Representação acerca de possíveis irregularidades em pregão promovido pelas Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobras, destinado à contratação de serviços de seguro de responsabilidade civil para conselheiros, diretores e administradores (*Directors and Officers Liability - D&O*), questionara a legitimidade da contratação de seguros dessa natureza pela Administração. Realizado o contraditório, após a concessão de cautelar suspensiva do certame, o relator anotou que *“tal seguro é realidade no mercado brasileiro, inclusive nas empresas que a União detém maioria do capital social com direito a voto, que se sujeitam, ao mesmo tempo, às regras do Direito Civil e às regras do Direito Administrativo”*. Nesse sentido, manifestou concordância com a afirmativa da Eletrobras de que *“eventual proibição para que empresas estatais contratem esse seguro a colocaria em situação de desvantagem em relação às concorrentes”*. E registrou, ademais, que a contratação desse tipo de seguro está prevista no estatuto social da companhia. Superada essa preliminar, consignou o relator que a cobertura de seguro dessa natureza *“não pode alcançar atos ilícitos ou ilegais praticados dolosamente ou com culpa”*. Ressaltou, contudo, os atos praticados com culpa nos quais, apesar de resultar em falha, *“restar comprovado que foram adotadas as precauções e medidas normativas e legais que se esperaria de um homem médio”*, caso em que os atos podem estar cobertos pelo seguro. Nessa linha, lembrou que o Código Civil de 2002 vedou a contratação de seguro para garantir risco proveniente de ato doloso do segurado (art. 762 da Lei 10.406/02). Assim, anotou o relator: *“parece-me haver o nítido delineamento que deve ser considerado quanto à legitimidade do interesse segurado: atos dolosos não podem ser cobertos. Atos culposos, a princípio, podem”*. A existência do dolo ou da culpa na prática de um ato presta-se inclusive para a verificação da legitimidade da cobertura de pagamento de multas e penalidades pela seguradora em nome do segurado, não obstante a existência de determinação da Susep no sentido da suspensão da cobertura para esses tipos de sanção. Ademais, em voto complementar, o relator registrou que *“as coberturas previstas no edital referentes a investigações extra-judiciais e para recursos voluntários quando da aplicação de multas referem-se à fiscalização de natureza econômica”*, o que tornaria desnecessário que o edital expressamente estabelecesse a impossibilidade de cobertura para as sanções de competência do TCU. O Tribunal, acolhendo majoritariamente a tese do relator, julgou parcialmente procedente a Representação, revogando, *ex tunc*, a cautelar adotada e cientificando a Eletrobras de que: (i) *“a contratação de seguro cuja apólice inclua cobertura de indenização ou pagamento de sanções aplicadas por órgãos do Estado, em virtude de atos praticados com dolo ou culpa, no segundo caso quando comprovado que não foram adotadas as precauções e medidas normativas e legais que se esperaria de um homem médio, afronta os princípios da moralidade e da supremacia do interesse público, previstos, respectivamente, no art. 37, caput, da Constituição da República, e no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999”*; e (ii) *“a contratação de seguro para defesa de dirigentes em processos administrativos ou judiciais, cuja apólice inclua cobertura em caso de prática de atos manifestamente ilegais, contrários ao interesse público, praticados com dolo ou culpa, nesse último caso quando comprovado que não foram adotadas as precauções e medidas normativas e legais que se esperaria de um homem médio, afronta o disposto nos princípios da moralidade, legalidade e supremacia do interesse público, previstos, respectivamente, no art. 37, caput, da Constituição da República, e no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784/1999”*. **Acórdão 3116/2013-Plenário, TC 043.954/2012-0, relator Ministro Raimundo Carreiro, 20.11.2013.**

4. A comissão de licitação deve fundamentar adequadamente as avaliações das propostas técnicas, deixando-as consignadas nos autos dos processos licitatórios, não se limitando a meramente expressar as notas/conceitos. Quanto maior a margem de subjetividade que restar ao avaliador na aplicação dos critérios de julgamento, mais consistente e fundamentada deverá ser a justificativa para a nota/conceito atribuída a cada licitante.

Representação apontara possíveis irregularidades nos editais das concorrências promovidas pela Valec Engenharia, Construções e Ferrovias S/A (Valec), com critério de julgamento do tipo técnica e preço, para a elaboração do estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEA), do levantamento aerofotogramétrico e do projeto básico de engenharia do Corredor Ferroviário de Santa Catarina e da Ferrovia Transcontinental. Destaca-se, entre as ocorrências identificadas, a *“existência de critérios de avaliação e pontuação subjetivos para o quesito 'Plano de Trabalho' da proposta técnica das empresas licitantes, em afronta ao disposto nos arts. 3º, 40, inciso VII, 44, § 1º, e 45, da Lei 8.666/1993”*. Em sede de oitiva, a Valec alegara que, nos termos dos editais, a análise dos critérios de avaliação do plano de trabalho (correção e precisão das abordagens dos temas, grau de profundidade, conteúdo e domínio dos temas abordados, coerência do item e sua integração com o restante da proposta, clareza da exposição, objetividade do texto, inovação e qualidade da apresentação) *“permitirá ao examinador a atribuição dos seguintes conceitos”*: *“Não abordado/Erroneamente Abordado”; “Regular”; “Bom” e “Adequado/Excelente”*. O relator, a despeito de constatar a possibilidade de aprimorar a definição dos critérios de avaliação, considerou que tais critérios atenderam à

ideia de "parâmetros mínimos". Ressaltou, no entanto, que "para a esmerada e imparcial avaliação das propostas, a formulação de robusta fundamentação da avaliação procedida por cada avaliador é tão ou mais importante que a definição de critérios os mais objetivos possíveis. Quanto maior a margem de subjetividade (impossível de ser eliminada) que restar ao avaliador na aplicação dos critérios, tanto mais consistente e fundamentada deverá ser a respectiva justificativa para a nota/conceito que atribuir a cada licitante". Nesse sentido, concluiu que "a Valec deve adotar as medidas necessárias para garantir que os membros da comissão de licitação fundamentem adequadamente suas avaliações e as deixem consignadas nos autos, não se limitando a meramente expressar [cada] um dos conceitos acima elencados". O Tribunal decidiu, no ponto, julgar a representação parcialmente procedente e expedir recomendação à Valec nos termos propostos pelo relator. **Acórdão 3139/2013-Plenário, TC 016.357/2013-2, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 20.11.2013.**

5. Nas contratações de obras e serviços rodoviários, é ilegal a aceitação, para fins de habilitação técnica, de atestados de serviços de demolição de pavimento asfáltico para comprovação de experiência em serviços de fresagem, assumindo-os como similares, uma vez que tais serviços têm objetivos e procedimentos distintos.

Representação relativa à concorrência pública realizada pelo Departamento de Estradas e Rodagem do Espírito Santo (DER/ES) para realização de obras e serviços no Aeroporto de Linhares/ES apontara habilitação indevida de licitante, uma vez que os documentos apresentados para fins de habilitação técnica não comprovavam o quantitativo mínimo exigido no edital para os serviços de "fresagem de revestimento asfáltico". O DER/ES justificou que a empresa "apresentou 63% da quantidade total de atestado de fresagem, sendo considerado o restante por atestado de demolição", uma vez que "tais serviços, apesar de utilizarem equipamentos diferentes, tem a mesma natureza, qual seja, a desconstrução ou retirada das camadas de pavimento". Em juízo de mérito, o relator destacou que o manual de especificação de serviços rodoviários do DER/PR, bem como norma aprovada pelo DNIT, "evidenciam que os serviços de fresagem e demolição de revestimento asfáltico têm objetivos e procedimentos distintos, inclusive no que se refere aos equipamentos e à qualificação da mão de obra empregada". Reproduziu ainda entendimentos proferidos em situações correlatas, pela Infraero e pelo Dnit, comprovando as nítidas diferenças entre os serviços em questão. Por fim, considerando que "a decisão do DER/ES pela aceitação de serviços prestados de demolição de pavimento asfáltico para comprovação de serviços prestados como fresagem, assumindo-os como similares, com fulcro no art. 30, § 3º, da Lei 8.666/1993, não merece acolhida, pois não encontra amparo técnico nos manuais de serviços rodoviários disponíveis, tampouco em manifestações adotadas em procedimentos licitatórios correlatos", propôs determinação ao órgão para que "adote as providências necessárias à anulação do ato que considerou tecnicamente habilitada a empresa (...) e dos atos subsequentes, dando prosseguimento ao certame". O Tribunal considerou a Representação procedente e emitiu a determinação nos termos propostos pelo relator. **Acórdão 3140/2013-Plenário, TC 024.909/2013-0, relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira, 20.11.2013.**

Elaboração: Secretaria das Sessões
Contato: infojuris@tcu.gov.br