

Informativo jurisprudencial – TCU 08 a 14 de dezembro de 2018

BOLETIM DE JURISPRUDÊNCIA Nº 246

Sessões de 20 e 21 de novembro de 2018

Assunto: Responsabilidade. Multa. Dosimetria. Princípio da boa-fé. Sanção. Processo.

Ementa: Na dosimetria da sanção pelo TCU, é possível considerar o comportamento da parte no curso do processo, ou seja, sua boa-fé processual, com fundamento no princípio da equidade e nas disposições do [Código Penal](#) pertinentes à aplicação da pena.

(Acórdão 2677/2018 Plenário (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler))

Assunto: Responsabilidade. Culpa. Erro grosseiro. Relevância. Materialidade. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ato normativo.

Ementa: Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do [Decreto-lei 4.657/1942 – Lindb](#)) o descumprimento de normativo da entidade pelo gestor, especialmente o que resultar em danos materialmente relevantes.

(Acórdão 2677/2018 Plenário (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler))

Assunto: Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Subcontratação. Experiência.

Ementa: A exigência, para fins de habilitação, de experiência anterior com relação a serviços que serão subcontratados é restritiva à competitividade da licitação.

(Acórdão 2679/2018 Plenário (Auditoria, Relator Ministro Aroldo Cedraz))

Assunto: Direito Processual. Julgamento. Pauta de sessão. Advogado. Publicação. Nulidade. Vício sanável.

Ementa: A ausência ou a indicação equivocada do nome do representante legal da parte no acórdão ou na pauta de julgamentos, que constitui nulidade relativa, será corrigida somente se a parte, reputando-se prejudicada, alegar, na primeira oportunidade de manifestação, a ocorrência do vício, nos termos do art. 278 do [CPC](#), sob pena de preclusão do direito de apontar a falha e de convalidação do ato.

(Acórdão 2682/2018 Plenário (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues))

Assunto: Convênio. Lei Agnelo/Piva. Requisito. Vedação. Cepim. Transferência de recursos.

Ementa: As entidades do Sistema Nacional do Desporto (SND) incluídas no Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas (Cepim) não podem receber recursos públicos federais advindos da [Lei 10.264/2001](#) (Lei Agnelo/Piva), que alterou a [Lei 9.615/1998](#) (lei Pelé).

(Acórdão 2684/2018 Plenário (Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler))

Assunto: Responsabilidade. SUS. Débito. Credor. Fundo Nacional de Saúde. Fundo Municipal de Saúde.

Ementa: Tratando-se de débito envolvendo recursos federais do Sistema Único da Saúde (SUS) transferidos fundo a fundo a município, nos casos em que o cofre credor é o Fundo Nacional de Saúde (FNS), a devolução dos recursos ao Fundo Municipal de Saúde não elide ou reduz o valor devido ao FNS.

(Acórdão 2697/2018 Plenário (Representação, Relator Ministro Bruno Dantas))

Assunto: Responsabilidade. Declaração de inidoneidade. Sobreposição de penas. Limite. Cálculo. Entendimento.

Ementa: A cumulação de sanções de declaração de inidoneidade (art. 46 da [Lei 8.443/1992](#)) está limitada a cinco anos, aplicando-se por analogia o art. 75, §§ 1º e 2º, do [Código Penal Brasileiro](#), sendo que: (a) as sanções são executadas sucessivamente, na ordem dos respectivos trânsitos em julgado, observando-se o limite temporal de cinco anos contados, como regra, do início do cumprimento da primeira sanção da série; (b) caso o agente cometa novo ilícito no curso da execução das sanções, a contagem do prazo de cinco anos é reiniciada a partir da data do fato superveniente, desprezando-se o período de punição já cumprido e fazendo-se nova unificação, contada daquele fato. Sobrevindo condenação após o encerramento da execução das punições anteriormente aplicadas, a nova sanção deve ser cumprida integralmente, como punição originária, ainda que decorrente de fatos anteriores ou contemporâneos aos das sanções já cumpridas.

(Acórdão 2702/2018 Plenário (Administrativo, Relator Ministro Bruno Dantas))

Assunto: Competência do TCU. Administração federal. Abrangência. Entidade sem fins lucrativos. Associação civil. CEPEL.

Ementa: O Centro de Pesquisas de Energia Elétrica (Cepel), associação civil sem fins lucrativos vinculada ao Grupo Eletrobras, submete-se à jurisdição do TCU, sendo, portanto, exigível da referida entidade a aderência aos preceitos constitucionais norteadores da Administração Pública, assim como aos princípios que orientam o regime jurídico instituído pela Lei Geral de Licitações e Contratos ([Lei 8.666/1993](#)).

(Acórdão 2728/2018 Plenário (Denúncia, Relator Ministro José Múcio Monteiro))

Assunto: Direito Processual. Acórdão. Cumprimento. Tomada de contas especial. Prestação de serviço. Quitação. Débito.

Ementa: Não cabe ao TCU, no âmbito de tomada de contas especial em que tenha sido comprovada a existência de dano ao erário, emitir acórdão de natureza mandamental determinando obrigação de fazer como sucedâneo da imputação de débito, portanto, não é possível facultar ao responsável a prestação de serviços para a quitação da dívida.

(Acórdão 14913/2018 Primeira Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler))

Assunto: Licitação. Qualificação técnica. Atestado de capacidade técnica. Serviços contínuos. Tempo. Justificativa.

Ementa: Para fins de qualificação técnico-operacional, pode-se exigir comprovação de experiência mínima na execução de serviços continuados semelhantes ao objeto da contratação em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato, desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim o exijam, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada na experiência pretérita do órgão contratante e em estudos prévios à licitação.

(Acórdão 14951/2018 Primeira Câmara (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues))

INFORMATIVO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS nº 359

Sessões: 13,14, 20 e 21 de novembro de 2018

Primeira Câmara

1. Para fins de qualificação técnico-operacional, pode-se exigir comprovação de experiência mínima na execução de serviços continuados semelhantes ao objeto da contratação em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato, desde que as circunstâncias específicas da prestação do serviço assim o exijam, o que deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada na experiência pretérita do órgão contratante e em estudos prévios à licitação.

Representação formulada por licitante noticiou possíveis irregularidades relativas ao Pregão Eletrônico 5/2018, promovido pela Universidade Federal de Campina Grande, com vistas ao registro de preços para contratação “de empresa especializada para prestação de serviços continuados de vigilância armada diurna e noturna, a serem executados no Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da UFCG, na cidade de Sousa/PB”, por período de doze meses, podendo, por interesse da Administração, ser prorrogado o contrato por períodos iguais e sucessivos, limitada sua duração a sessenta meses. Apontou a representante que a habilitação da empresa vencedora teria sido indevida, porquanto fora aceito somatório de atestados de serviços executados de forma concomitante para a demonstração de experiência na prestação dos serviços, descumprindo cláusula do edital que exigia, para tanto, tempo mínimo de três anos. Analisando o mérito, após as oitivas regimentais, registrou o relator que o item 8.6.1 do edital previa que as empresas deveriam demonstrar a qualificação técnica por meio de “comprovação de aptidão para a prestação dos serviços em características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto desta licitação, ou com o item pertinente, por período não inferior a três anos, mediante a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado”. Estabelecia, ainda, o item 8.6.2.3 do instrumento convocatório que “para a comprovação da experiência mínima de 3 (três) anos, será aceito o somatório de atestados de períodos diferentes, não havendo obrigatoriedade de os três anos serem ininterruptos, conforme item 10.7.1 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG nº 05/2017”; e o item 8.6.2.4, por sua vez, definia que “poderá ser admitida, para fins de comprovação de quantitativo mínimo do serviço, a apresentação de diferentes atestados de serviços executados de forma concomitante, pois essa situação se equivale, para fins de comprovação de capacidade técnico-operacional, a uma única contratação, nos termos do item 10.9 do Anexo VII-A da IN SEGES/MPDG nº 05/2017”. Assim, para o relator, ainda que referidas cláusulas estivessem em consonância com a Instrução Normativa 5/2017 (itens 10.6, b, 10.6.1 e 10.9 do anexo VI) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MP), atualmente em vigor, a pregoeira se equivocou na aplicação das normas do edital: “Primeiro, porque o item 10.6.1 [da IN 5/2017] dispõe que serão admitidos atestados referentes a “**períodos sucessivos**”, expressão que claramente afasta a possibilidade de concomitância. Segundo, porque o item 8.6.2.4 [do edital] autoriza apresentação de atestados executados concomitantemente para o fim nele previsto, qual seja, a “**comprovação de quantitativo mínimo do serviço**”, que não se confunde com “**experiência mínima**”. Não obstante o erro de interpretação do edital, entendeu o relator não ser o caso de anulação da habilitação da empresa vencedora, visto que, em resposta a impugnação do item 8.6.2.3, a pregoeira comunicara aos licitantes que seriam admitidos atestados de capacidade técnica em períodos concomitantes. “Esclarecimentos prestados administrativamente incorporam-se ao edital e, por consequência, vinculam todos os licitantes e o órgão licitante”. Além do que, segundo o relator, “também milita a favor da manutenção da habilitação o fato de IN 5/2017 conferir mera **autorização** para a Administração de exigir comprovação de experiência mínima de três anos. Em outros termos, era lícito que instrumento convocatório exigisse comprovação prazo de experiência mínima diversa de três anos, como passou a ser o caso”. Sobre este ponto, estendendo sua análise para além do caso concreto, enfatizou o relator que a inclusão nos normativos do MP, a partir da IN 2/2008, da possibilidade de exigência de comprovação de pelo menos três anos de experiência, como critério de qualificação técnico-operacional, decorrera de recomendação do TCU nesse

sentido contida no [Acórdão 1.214/2013 Plenário](#), o qual “teve por origem trabalho realizado por grupo de estudos formado para apresentar propostas para minimizar os problemas enfrentados pela Administração na contratação da prestação de serviços de natureza contínua” com vistas a “assegurar a solidez do futuro contrato e, com isso, a boa execução do objeto”. No entanto, continuou o relator, a questão “merece ser revisitada, para evitar a banalização que vem ocorrendo”, uma vez que o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993 admite a exigência de “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...). Ocorre que contratos de terceirização para serviços contínuos são, em regra, firmados por prazo inicial de 12 meses, prorrogáveis sucessivamente por até 60 meses”. Destarte, “três anos de experiência mínima, para comprovação de qualificação técnico-operacional, supera o prazo estipulado na relação contratual inicial, caracterizando, em princípio, exigência incompatível com objeto licitado, contrariando o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/1993”. Ainda segundo o relator, “o impedimento à participação de empresas com menos de três anos de existência dificulta a entrada a novos concorrentes no setor em que se insere a contratação, principalmente no caso de serviços em que o setor público é contratante proeminente, como é o caso da segurança armada”, além de restringir “a competitividade do certame, pois quanto mais exigências de qualificação, menor o número de empresas aptas a cumpri-las”. Acrescentou, ainda, que “por se tratar de exigência de qualificação com potencial de restringir o caráter competitivo do certame e o desenvolvimento do setor em que se insere o objeto da contratação, a experiência anterior em lapso temporal superior ao prazo inicial do contrato deve ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação e na experiência pretérita do órgão contratante, que indiquem ser tal lapso indispensável para assegurar prestação do serviço em conformidade com as necessidades específicas do órgão, por força da sua essencialidade, quantitativo, risco, complexidade ou qualquer outra particularidade. Convém, também, que o órgão contratante sopesse os reflexos da restrição no desenvolvimento do setor do serviço pretendido. A exemplo de zeladoria, limpeza, conservação e dedetização de grupos sanitários, lavatórios e vestiários, há atividades em relação às quais não me parece que a empresa com três anos de experiência tenha melhores condições de execução a contento do que outra que tenha executado quantitativo equivalente em prazo inferior”. Do que expôs o relator, dentre outras deliberações, julgou o colegiado parcialmente procedente a representação e deu ciência ao órgão licitante da interpretação a ser dada aos itens 10.6, b, 10.6.1 e 10.9 do anexo VI da Instrução Normativa 5/2017-MP.

[Acórdão 14951/2018 Primeira Câmara](#), Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues.

2. A subcontratação do objeto é admitida apenas parcialmente, desde que motivada sob a ótica do interesse público e com os seus limites devidamente fixados pelo contratante, não podendo a atuação do contratado transformar-se em mera intermediação ou administração de contrato.

A partir de representação formulada ao TCU dando ciência de inquérito civil público conduzido pela Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo, foi instaurada tomada de contas especial com vistas a apurar possíveis irregularidades na contratação de transporte escolar por parte da prefeitura municipal de São Mateus-ES, com recursos do Programa Nacional do Transporte Escolar (Pnate). Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a “ocorrência de superfaturamento e de locupletamento da contratada em razão da subcontratação de 75% do objeto contratual, beneficiando-se, assim, da diferença entre o valor contratual ajustado, e recebido do município, e o valor que pagou às subcontratadas”. A unidade técnica que atuou no feito ressaltou terem sido subcontratadas duas empresas que haviam participado da licitação, em competição com a subcontratante, bem como o “fato de o valor subcontratado (R\$ 2,30/km) corresponder ao valor anteriormente pago no contrato então vigente corrigido pelo percentual de ajuste acumulado apurado pela própria prefeitura (calculado em 27,3770%)”. Ao concordar com a imputação de débito, o relator assinalou dois aspectos quanto à solicitação, por parte da contratada,

de autorização ao ex-prefeito para subcontratar o objeto pactuado: “(1) o pedido de subcontratação abrangia a quase totalidade das linhas (75%), mas não a integralidade do contrato; (2) não há mínima justificativa sobre a necessidade de tal subcontratação, seja sobre o atendimento de algum interesse da administração, seja sobre a melhor prestação do serviço”. E o então prefeito teria encaminhado resposta à contratada autorizando “não só a subcontratação parcial requerida, mas, ainda mais: a subcontratação/transferência total da execução dos serviços”. Ao invocar o art. 72 da Lei 8.666/1993, o relator pontou que “a subcontratação, se autorizada, é admitida somente parcialmente. E só é admissível quando seja compatível com a natureza do objeto, devendo a Administração fixar limite, para que a contratação de obras, serviços ou fornecimento não seja convolada em integral ou preponderante serviço de intermediação ou de administração de contratos, caracterizando efetiva burla ao princípio da licitação e, conseqüentemente, potencial pagamento por serviços não contratados e não executados: a intermediação/administração de contratos”. No caso concreto, acrescentou o relator, “a autorização para subcontratar revela-se flagrantemente ilegal, pois inexistente argumento de necessidade apresentado pela contratada; inexistente avaliação de conveniência para a Administração; inexistentes pareceres que expusessem fundamentos fáticos dessa natureza; situações que se somam ao fato de o então prefeito ter ampliado o atendimento do pedido inicial feito pela contratada, ao autorizar subcontratação/transferência total do objeto contratual, quando foi requerido apenas subcontratação parcial, e permitindo a efetiva e concreta mutação da situação de fato da contratada: de prestadora direta de serviços para mera intermediária entre a administração municipal e as empresas que efetivamente realizaram o transporte escolar”. E arrematou: “o objeto (transporte escolar) era constituído por um conjunto de linhas de transporte. Cada linha poderia ser operada isoladamente pela subcontratada. O que se subcontratou não foram atividades partes de uma operação mais abrangente conduzida sob a responsabilidade da contratada, como, por exemplo, uma determinada linha de transporte. A contratada subcontratou várias linhas, que no total representaram 75% do conjunto das linhas licitado. Cada uma delas operada integralmente pela subcontratada”. Destarte, o trabalho da contratada nessas linhas consistiu tão somente em “emitir a nota fiscal para a prefeitura de São Mateus, receber o pagamento (R\$ 2,59/km) e repassar o equivalente a R\$ 2,30/km para as subcontratadas, apropriando-se, sem justa causa, do diferencial (deduzidos os impostos recolhidos). Tal ganho ilegítimo, perceptível a um administrador diligente, foi viabilizado pela autorização, não fundamentada e desarrazoada, concedida pelo ex-prefeito, que não agiu com o cuidado devido, necessário e esperado”. Ao final, o relator registrou que, ao autorizar a subcontratação, “ainda que sustentada em parecer da procuradoria do município - inepto, no caso -, o ex-prefeito viabilizou a concretização de ganhos indevidos da empresa contratada”. Acolhendo a proposição do relator, o colegiado decidiu julgar irregulares as contas dos responsáveis e condená-los, solidariamente, em débito.

Acórdão 14193/2018 Primeira Câmara, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira.
