



Número 491

Sessões: 10, 11, 17 e 18 de setembro 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. Nas licitações promovidas por órgãos e entidades sob a jurisdição do TCU, regidas pela Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), os pregoeiros ou os agentes de contratação devem ser servidores efetivos ou empregados dos quadros permanentes da Administração Pública (arts. 6º, inciso LX, e 8º, caput, da Lei 14.133/2021). A não ser em situações extraordinárias, devidamente fundamentadas, a indicação de agente público que não satisfaça o comando dos mencionados dispositivos legais pode causar culpa in eligendo da autoridade responsável pela designação por eventuais falhas cometidas pelo agente designado (arts. 7º, caput, e 11, parágrafo único, da mesma lei).
 2. No regime de contratação integrada, é irregular a alteração de valores contratuais em decorrência de acréscimos de quantidades por imprecisão nos projetos, pois, nesse regime de contratação, acréscimos de tal natureza configuram risco alocado ao contratado (arts. 6º, inciso XXXII, e 133 da Lei 14.133/2021; arts. 43 e 81 da Lei 13.303/2016).
-

PLENÁRIO

1. Nas licitações promovidas por órgãos e entidades sob a jurisdição do TCU, regidas pela Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), os pregoeiros ou os agentes de contratação devem ser servidores efetivos ou empregados dos quadros permanentes da Administração Pública (arts. 6º, inciso LX, e 8º, caput, da Lei 14.133/2021). A não ser em situações extraordinárias, devidamente fundamentadas, a indicação de agente público que não satisfaça o comando dos mencionados dispositivos legais pode causar culpa in eligendo da autoridade responsável pela designação por eventuais falhas cometidas pelo agente designado (arts. 7º, caput, e 11, parágrafo único, da mesma lei).

No relatório da fiscalização realizada para mensurar e acompanhar, por amostragem e com o uso de indicadores, o grau de maturação dos órgãos e entidades para a aplicação da Lei 14.133/2021, a fim de identificar e avaliar os aspectos que possam estar dificultando a internalização da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), a equipe do TCU, entre outras abordagens, teceu comentários sobre o perfil de ocupação de agentes de contratação e de pregoeiros, fazendo alusão ao disposto no art. 8º da Lei 14.133/2021, segundo o qual “a licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública”. Após citar como fundamento diversas deliberações de tribunais de contas estaduais e reconhecer a controvérsia sobre a matéria, a equipe de fiscalização propôs que o Tribunal firmasse entendimento no sentido de que as funções de agente de contratação e de pregoeiro deveriam ser exercidas somente por servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, tendo em vista o disposto nos arts. 6º, inciso LX, e 8º, caput, da NLLC. Em seu voto, o relator destacou haver “*aparente dubiedade na Lei 14.133/2021 que precisa ser devidamente interpretada*”. Segundo ele, se, por um lado, é “*peremptória a previsão constante dos arts. 6º, inciso LX, e 8º, caput, da Lei 14.133/2021, de que os pregoeiros/agentes de contratação devem ser servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública*”, por outro lado, a leitura do art. 7º,



inciso I, da mesma lei claramente disciplina que tais agentes devem ser “*preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública*” (grifo do relator). Para ele, o conteúdo do art. 7º, inciso I, da NLLC pode ser compreendido como regra geral, aplicável a todos os agentes públicos que atuam em processos licitatórios, ao passo que o teor dos arts. 6º, inciso LX, e 8º, *caput*, deve ser tomado como regra especial. E acrescentou: “*Com efeito, a hermenêutica jurídica contém princípios que solucionam as antinomias normativas, determinando, em cada caso, a norma que prevalece. Segundo o princípio da especialidade, a regra especial prevalece, no seu âmbito restrito de atuação, sobre a regra geral em sentido contrário*”. Em outros termos, prosseguiu, a norma geral do art. 7º da Lei 14.133/2021, aplicável a todos os entes federados, estabelecendo que as funções de agente de contratação devem ser preferencialmente ocupadas por servidores efetivos, “*deixa de prevalecer*” no âmbito federal, em razão da norma especial dos arts. 6º, inciso LX, e 8º, *caput*, os quais exigem servidores efetivos para ocupar as funções de agente de contratação. Assim, considerou “*perfeita a interpretação conferida aos dispositivos em apreciação pela unidade técnica*”. Na sequência, ressaltou que a regulamentação federal sobre as regras para atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, o funcionamento da comissão de contratação e a atuação dos gestores e fiscais de contratos, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, consubstanciada no Decreto 11.246/2022, “*também repetiu*” que o agente de contratação deve satisfazer os requisitos do art. 8º da Lei 14.133/2021, ou seja, ser servidor de cargo efetivo ou empregado do quadro permanente da Administração, *in verbis*: “*Art. 3º O agente de contratação e o respectivo substituto serão designados pela autoridade competente, em caráter permanente ou especial, conforme o disposto no art. 8º da Lei nº 14.133, de 2021*”. Indo além das percepções da equipe de fiscalização, o relator avaliou como preocupante o risco de que servidores demissíveis *ad nutum* possam ser incumbidos de funções tão relevantes como os de agente de contratação ou de pregoeiro, o que, a seu ver, “*abre as portas para toda sorte de problemas e desvios*”. Pontuou também que a Constituição Federal estabelece que os cargos comissionados são destinados às funções de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inciso V) e, como as atribuições de pregoeiro e de agente de contratação são eminentemente de caráter executivo, “*espera-se que tais funções sejam exercidas por servidores com vínculo permanente com o poder público, e não por detentores de cargo em comissão de livre provimento*”. Ademais, assinalou que, ao dispor sobre o tema na NLLC, o legislador ordinário reconheceu a importância das funções de pregoeiro e agente de contratação para o Estado e para a sociedade, exigindo que tais funções “*sejam endereçadas*” a servidores dos quadros permanentes da Administração. Nesse contexto, em vez de o TCU apenas expedir comando abstrato de “*firmar entendimento*”, conforme a proposição da equipe de fiscalização, o relator reputou mais assertivo que o Tribunal emitisse orientação às suas unidades técnicas para que, no exame dos processos envolvendo “*certames licitatórios da nossa jurisdição conduzidos sob a égide da Lei 14.133/2021*”, verificassem se os agentes de contratação ou pregoeiros seriam, de fato, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, em razão do disposto nos arts. 6º, inciso LX, e 8º, *caput*, da Lei 14.133/2021, “*representando no caso de encontrar desconformidades*”. Outrossim, ele deixou assente que, a não ser em situações extraordinárias, devidamente fundamentadas, a indicação de agente público que não satisfaça o comando dos arts. 6º, inciso LX, e 8º, *caput*, da Lei 14.133/2021 “*pode causar culpa in elegendo*” da autoridade responsável por essa designação no caso de eventuais falhas cometidas pelo agente designado, haja vista que, conforme o art. 11, parágrafo único, da mencionada lei, “*a alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações*”. Além disso, a autoridade competente “*infringirá a diretriz de promover a gestão por competências dos agentes públicos que atuam nas licitações e contratos*”, prevista no art. 7º, *caput*, da NLLC. Destarte, o relator propôs, e o Plenário decidiu, entre outras medidas, determinar à Secretaria Geral de Controle Externo a expedição das seguintes orientações às unidades técnicas do Tribunal: a) “*no exame dos processos de controle externo envolvendo certames licitatórios de jurisdição do TCU, realizados sob a égide da Lei 14.133/2021, verifiquem se os agentes de contratação ou pregoeiros responsáveis pela condução do certame são servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública, tendo em vista o disposto nos arts. 6º, inciso LX, e 8º, caput, da Lei 14.133/2021, bem como se existem situações extraordinárias, devidamente motivadas pela autoridade competente, que justifiquem*



o não cumprimento dos referidos dispositivos”; b) “no caso de eventualmente haver apuração de indício de irregularidade praticada por agente de contratação ou pregoeiro que não satisfaça o comando dos arts. 6º, inciso LX, e 8º, caput, da Lei 14.133/2021, avaliem a ocorrência de culpa in eligendo da autoridade responsável pela designação do referido agente, nos termos dos arts. 7º, caput, e 11, parágrafo único, do mesmo diploma legal”.

Acórdão 1917/2024 Plenário, Acompanhamento, Relator Ministro Benjamin Zymler.

2. No regime de contratação integrada, é irregular a alteração de valores contratuais em decorrência de acréscimos de quantidades por imprecisão nos projetos, pois, nesse regime de contratação, acréscimos de tal natureza configuram risco alocado ao contratado (arts. 6º, inciso XXXII, e 133 da Lei 14.133/2021; arts. 43 e 81 da Lei 13.303/2016).

No relatório da fiscalização realizada com o objetivo de analisar a conformidade do edital da licitação RCE 2/2023, a cargo da Companhia Docas do Rio de Janeiro, atualmente denominada Autoridade Portuária do Rio de Janeiro (PortosRio), tendo como objeto a execução de “obra de dragagem por resultado, para adequar a infraestrutura aquaviária de acesso ao Complexo Portuário do Rio de Janeiro/RJ, compreendendo ainda a elaboração dos projetos básico e executivo de dragagem, sinalização e balizamento”, a equipe do TCU apontou dois achados de auditoria, sendo um deles a “adequação do regime de execução contratual adotado, que foi a contratação integrada, previsto na Lei 13.303/2016”. Os auditores do Tribunal questionaram a ausência, no caso concreto, tanto de justificativas consistentes sobre a vantajosidade da utilização desse regime, quanto dos critérios exigidos em lei para sua adoção, a exemplo da existência de diferentes metodologias ou de tecnologias de domínio restrito no mercado para a execução dos serviços. Ademais, a minuta contratual teria aberto “brecha para permitir acréscimos ou supressões de quantitativos de serviços, que é uma medida autorizada apenas para outros regimes de execução”, isso por meio do parágrafo primeiro da sua cláusula primeira, vazado nos seguintes termos: “A contratada poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos e supressões que a PortosRio realizar, em até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, em conformidade com o estabelecido no art. 81, §1º, da Lei 13.303/2016”. Instada a justificar a opção pelo regime de contratação integrada e a presença de regras contratuais não previstas em lei para esse regime, a estatal explicou que haveria número pequeno de empresas de dragagem marítima no cenário mundial, em torno de dez, onde cada uma possuiria o seu parque de equipamentos próprios, conhecimentos metodológicos específicos e dotados de tecnologias únicas, o que, a seu ver, justificaria a afirmação de se estar, sim, diante de um serviço com tecnologia de domínio restrito do mercado, atendendo à condição legal para a adoção da contratação integrada. Outrossim, sustentou que esse regime permitiria ganhos financeiros, de eficácia e de eficiência na contratação da obra, englobando a elaboração dos projetos básico, executivo e de sinalização náutica, de modo que seria possível “utilizar todo o conhecimento do contratado, suas tecnologias disponíveis e seu parque de equipamentos”. Argumentou ainda a estatal que esse regime de execução já teria sido objeto de exame pelo TCU em obras de dragagem pretéritas, a exemplo do [Acórdão 306/2017-Plenário](#), indicando haver “histórico de sucesso” nesse tipo de contratação. Em relação à possibilidade de acréscimos e supressões, reconheceu não existir previsão legal para que os contratos firmados no âmbito da contratação integrada contenham cláusula estabelecendo a possibilidade de acréscimos e supressões de até 25% do valor atualizado, sendo essa cláusula “obrigatória apenas para os contratos celebrados nos regimes previstos nos incisos I a V do art. 43, não incluindo a contratação integrada”; logo, “poderiam exercer sua discricionariedade e incluir também a referida cláusula para esse regime”. A unidade técnica analisou as respostas e concluiu que estaria justificada a escolha pela contratação integrada, especialmente porque a elaboração dos projetos e a execução dos serviços de dragagem por um único responsável “diminui a possibilidade de interferências indesejáveis, questionamentos administrativos e judiciais”, além de possíveis atrasos no início e na conclusão dos serviços. No entanto, reputou irregular cláusula contratual prevendo a possibilidade de acréscimos e supressões contratuais nesse regime de execução. Em seu voto, anuindo ao entendimento da unidade instrutiva, o relator rememorou, preliminarmente, que a instituição do regime de contratação integrada permite à Administração licitar, como objeto único, tanto a elaboração dos projetos básico e executivo quanto a execução das obras e dos serviços de engenharia, além de todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Essa abordagem teria representado significativa inovação em comparação aos regimes de execução tradicionalmente utilizados. Nesse novo regime, continuou o relator, o construtor passou a assumir responsabilidade maior pelo empreendimento, desde a elaboração do projeto até a execução da obra, e essa



transferência de encargos impactou também a modelagem contratual, tendo as hipóteses de modificação do valor dos contratos ficado mais restritas. Para ele, essa concepção “guarda uma lógica inerente”, pois “se, por um lado, o contratado possui a liberdade de otimizar as soluções técnicas e econômicas dos projetos, por outro, ele se torna integralmente responsável por eventuais imprecisões que possam surgir nos seus próprios levantamentos”. Assim, ao permitir que o particular desenvolva os projetos, quantifique os serviços e defina a metodologia de execução, a Administração “deve, consequentemente, transferir a ele todos os riscos subjacentes a essa autonomia”. Naturalmente, “isso inclui os riscos decorrentes de erros ou imprecisões nos quantitativos ou de superveniência de serviços não previstos inicialmente”. Por conseguinte, pontuou o relator, as modificações contratuais no regime de contratação integrada “assumem um caráter mais restritivo, não sendo aplicável no caso de acréscimos ou diminuições dos serviços planejados para a realização da obra”. Na sequência, o relator invocou a legislação que respaldaria a sua assertiva, mencionando, em primeiro lugar, a Lei 12.462/2011 (RDC), expressa em vedar termos aditivos nas contratações integradas, exceto nas hipóteses de caso fortuito, força maior ou alteração do projeto a pedido da Administração. A seguir, reportou-se à Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), aplicável à contratação em tela, que “também restringe a ocorrência de termos aditivos nas contratações integradas. Segundo o art. 81, é possível modificações do valor contratual nos casos de acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto. No entanto, essa possibilidade é limitada aos regimes de execução previstos nos incisos I a V do art. 43, **excluindo as contratações integradas**. Neste caso, os acréscimos e supressões podem ocorrer apenas nas hipóteses em que o risco é alocado ao contratante, no limite de 25% do valor contratual.” (grifos do relator). Por fim, a Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) “reserva a possibilidade de aditivos nas contratações integradas a situações de força maior, caso fortuito, por necessidade do contratante ou em decorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração”. Seria então possível depreender que a legislação pertinente “é restritiva quanto a alterações contratuais em decorrência de acréscimos ou diminuições do seu objeto, ao contrário do que estabelece o edital RCE 2/2023”. Nesse mesmo sentido, o relator destacou a jurisprudência do TCU, a exemplo do [Acórdão 831/2023-Plenário](#), do qual transcreveu o seguinte trecho do voto condutor daquela decisão: “O art. 9º, § 4º, da Lei 12.462/2011, estabelece que na contratação integrada é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, decorrente de caso fortuito ou força maior, ou por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado. (...) Pondero que um anteprojeto, por certo, não contém todos os elementos de um projeto executivo ou projeto definitivo, de forma que sempre existirão definições, ajustes, detalhamentos, encaminhamentos e compatibilizações a serem realizados pelo construtor por ocasião da elaboração dos projetos, quando adotada a contratação integrada. A este cabe estabelecer algumas soluções, metodologias executivas e dimensionamentos dos componentes da estrutura e das instalações da edificação. Assim, é bastante provável (e até desejável) que todo anteprojeto seja, em algum grau, alterado pelos projetos básico e executivo, o que está na essência da atividade de projetar, sem que caiba necessariamente a realização de aditamentos contratuais, que são em regra expressamente vedados na contratação integrada. A própria Lei Instituidora do RDC prevê a possibilidade de apresentação de projetos com metodologia diferenciada de execução pelo contratado. Ressalto, ainda, que uma das hipóteses presentes de aditamento contratual na contratação integrada é a alteração do projeto solicitada pela Administração, entendida como uma modificação superveniente à aprovação dos projetos básico e/ou executivo submetidos à Administração. Porém, não existe permissão legal expressa para aditamento contratual com vistas a corrigir erros ou omissões no anteprojeto, como o que fora verificado nessa ocorrência. A contratação integrada é fruto da intenção do legislador do RDC em conferir uma maior assunção de risco para o particular, de maneira que nas situações em que não houver uma alocação objetiva de riscos entre as partes, estabelecida contratualmente, o construtor acabaria assumindo os eventuais encargos resultantes de incompletudes e omissões que são inerentes a qualquer anteprojeto. Essa seria uma das principais características desse regime de execução contratual, ou seja, a transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao contratado para execução das obras. O anteprojeto serviria precipuamente apenas como parâmetro referencial para a estimativa de custos e posterior avaliação das propostas ofertadas no certame. No mesmo sentido, observo que a nova Lei de Licitações e Contratos dispôs, em seu art. 46, § 3º, que o risco inerente ao desenvolvimento dos projetos básicos no regime de contratação integrada é inteiramente alocado ao particular, não cabendo a assinatura de aditivos por conta de eventuais imprecisões ou omissões do



*anteprojeto: ‘§ 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.’ Da mesma forma, a Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) [...] prevê a alocação de riscos do desenvolvimento dos projetos aos particulares, **in verbis**: ‘Art. 42...§ 3º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.’. E arrematou: “Portanto, a legislação é cristalina ao delimitar que, nas contratações integradas, cabe ao construtor o risco de eventuais supressões ou acréscimos de serviços, não sendo permitida a celebração de termos aditivos em situações dessa natureza.” Ao concordar então com os argumentos aduzidos pela unidade técnica, o relator considerou irregular a cláusula contratual apreciada, a qual “amplia as hipóteses de termo aditivo, além daquelas autorizadas pela legislação”. Por certo, frisou ele, tal constatação resultaria em determinação do TCU no sentido da anulação da referida cláusula, todavia, tendo em vista “a conclusão do procedimento licitatório e a assinatura do Contrato 40/2023”, o encaminhamento do processo estaria a merecer outro desfecho. Nesse cenário, o estágio inicial do contrato “torna menos provável, por ora, a assinatura de termos aditivos com base na referida cláusula irregular”, motivo pelo qual o relator considerou suficiente a expedição de ciência à entidade, encaminhamento que, enfatizou ele, “não traz prejuízos a futuras ações de controle por parte deste Tribunal, caso sejam identificados processos aditivos em trâmite na PortosRio com base na mencionada cláusula irregular, incluindo a possibilidade de responsabilização dos gestores envolvidos”. Ao final, o relator propôs, e o Plenário decidiu, cientificar a PortosRio de que “a alteração de valores contratuais em decorrência de acréscimos de quantidades por imprecisão nos projetos é incompatível com o regime de contratação integrada, pois afronta o disposto nos arts. 6º, inciso XXXII, e 133 da Lei 14.133/2021, c/c arts. 43 e 81 da Lei 13.303/2016, e a jurisprudência desta Corte, a exemplo do Acórdão 831/2023-TCU-Plenário”.*

Acórdão 1873/2024 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Vital do Rêgo.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br