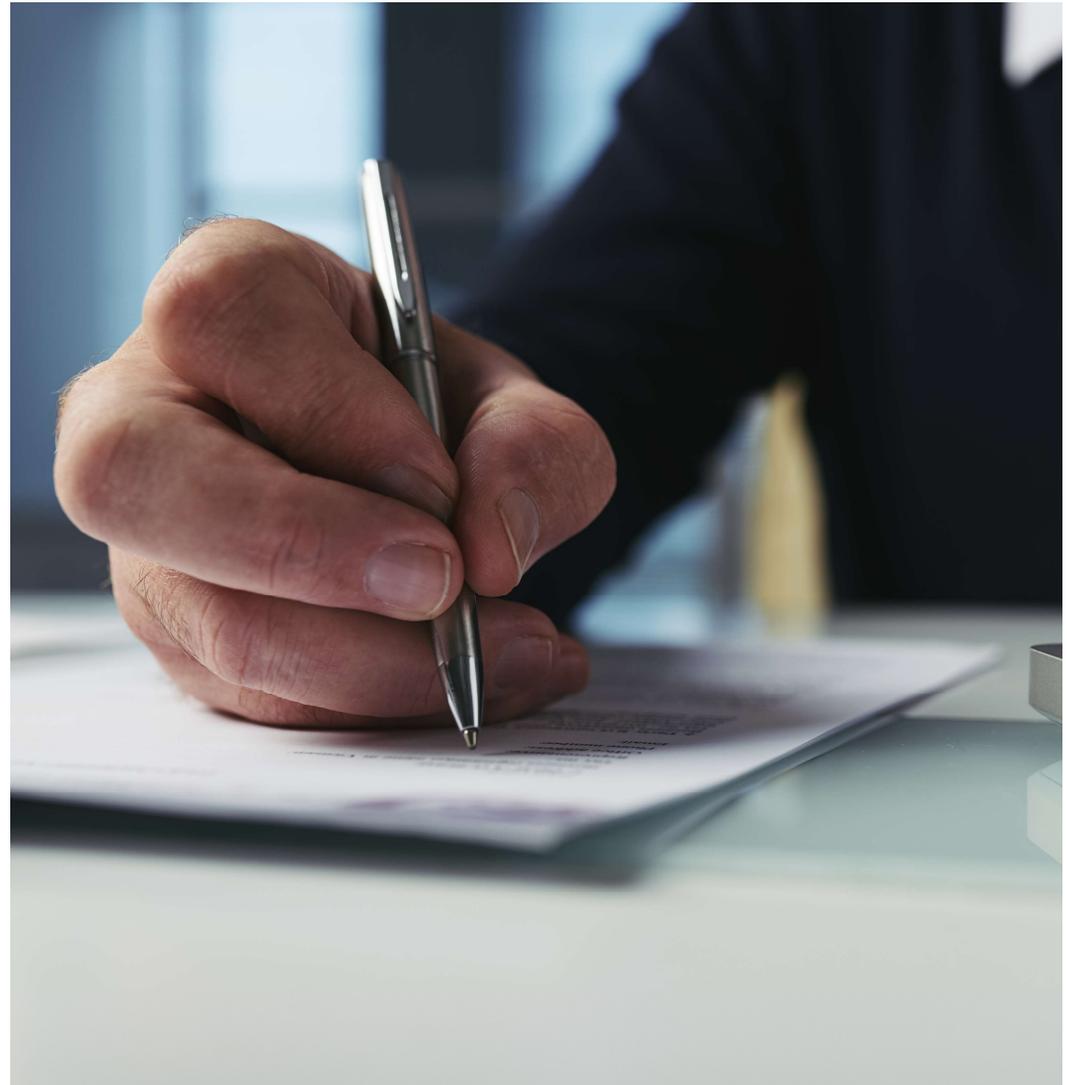


Aplicação Prática da LINDB

Fórum Nacional de
Procuradores Gerais das
Capitais Brasileiras

Joel de Menezes Niebuhr



LINDB

Decreto-Lei nº
4.657/1942

Lei nº 13.655/2018

→ responsabilização de agentes públicos apenas em casos de dolo e de erro grosseiro

→ tomar em consideração os obstáculos e dificuldades reais do gestor

→ consequências práticas das decisões

→ regularização de vícios e transação

LINDB

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais. (TEXTO VETADO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA).

TCU, Acórdão nº 2391/2018, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão 17/10/2018.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave. [...]

TCU, Acórdão nº 2391/2018, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão 17/10/2018.

84. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam” (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169) .

85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é “a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis”. (PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72) .

TCU, Acórdão nº 2391/2018, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão 17/10/2018.

146. Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:

“6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (grifos acrescentados) .

TCU, Acórdão nº 2391/2018, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão 17/10/2018.

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

149. No presente caso, compreendo que o responsável agiu com culpa na consumação da irregularidade, não havendo nenhuma desproporcionalidade entre o seu grau de negligência, verificado no cometimento do ato inquinado, e o dano que causou ao erário. 150. Sendo assim, compreendo que o Sr. Carlos Luiz Barroso Júnior deve ser condenado em débito, mas, diante da ausência de culpa grave, deve ser dispensado da aplicação de multa.

Decreto Federal nº 9.830/19

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

TCU, Acórdão nº 2768, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Sessão 20/11/2019.

Enunciado: O art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (LINDB) , que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública e se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal) .

TCU

Descumprimento de norma da entidade. Convites para as mesmas empresas convidadas anteriormente.

TCU, Acórdão nº 2677/2018, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 21/11/2018.

Pagamento antecipado.

TCU, Acórdão 185/2019, Plenário. Rel. Benjamin Zymler. Julg. 06/02/2019.

TCU, Acórdão nº 2699/2019, Primeira Câmara. Rel. Min. Vital do Rêgo. Julg. 26/03/2019.

Descumprimento de regra expressa em convênio.

TCU, Acórdão nº 2681/2019, Primeira Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 26/03/2019.

TCU

Prestação de Contas do Fundo Nacional de Assistência Social sem parecer do Conselho Municipal de Assistência Social

TCU, Acórdão nº 4778/2019, Primeira Câmara. Rel. Vital do Rêgo. Julg. 25/06/2019.

Planejamento deficiente e utilização do pregão presencial

TCU, Acórdão nº 1620/2019, Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Julg. 10/07/2019.

Adoção de projeto básico padrão.

TCU, Acórdão nº 1689/2019, Plenário. Rel. Augusto Nardes. Julg. 24/07/2019.

TCU

Ato praticado com base em parecer técnico e jurídico. Afastamento do erro grosseiro.

TCU, Acórdão nº 1529/2019, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 03/07/2019.

Desconsideração, sem motivação, de parecer da consultoria jurídica e direcionamento de licitação para marca específica sem justificativa técnica

TCU, Acórdão nº 1264/2019, Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Julg. 05/06/2019.

TCU

O TCU prolatou 63 acórdãos sobre a responsabilização de agentes públicos de 21/11/2018 a 22/10/2019. Desse total, em 44 acórdãos reconheceu que houve erro grosseiro, correspondente a 72% do total, e em 18 acórdãos não reconheceu o erro grosseiro, correspondente a 28%.

No Plenário, a proporção é, aproximadamente, de 2 que reconhecem o erro grosseiro para 1 que não o reconhece. Na Primeira e na Segunda Câmaras a proporção é de aproximadamente 3 para 1.

TCU, Acórdão nº 1264/2019, Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Sessão 25/06/2019.

18. Tendo em vista que tal instrução normativa dispõe sobre o processo de contratação de Soluções de Tecnologia da Informação pelos órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação do Poder Executivo Federal, o descumprimento de regras contidas nesse normativo pode ser considerado como um erro grosseiro, nos termos do art. 28 do Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB) , passível de ensejar a aplicação de sanção do TCU. 19. Dito de outra forma, compreendo que ocorreu uma grave inobservância de um dever de cuidado por parte do Sr. [XXX], pois qualquer pessoa apta a aprovar um processo de contratação envolvendo expansão e modernização de solução de armazenagem de dados, que se enquadra no conceito de solução de tecnologia da informação, teria ou deveria ter a iniciativa de ao menos cumprir o estabelecido na IN-SLTI/MP 4/2014, em especial a ordem dos procedimentos estabelecida nesse normativo



APLICAÇÃO PRÁTICA DA LINDB

Joel de Menezes Niebuhr

 @joelniebuhr

 joel@mnadvocacia.com.br

Artigo 9º - Plano Anual de Licitações

- e) Indicar todos os contratos vigentes que podem ser prorrogados;
- f) Definir modelo para avaliação do desempenho dos contratados;
- g) Estabelecer calendário de licitações e contratos;
- h) Definir contratação e apólice de seguro D&O (Directors & Officers) abrangente de atos correlacionados às licitações e contratos.

Artigo 9º - Plano Anual de Licitações

2 – Para a elaboração do Plano Anual de Contratação, os Setores Requisitantes devem informar, por meio de documento próprio, até o final da primeira quinzena do mês de julho, os objetos que pretendem contratar no ano subsequente, acompanhados de justificativa sucinta, indicação de quantitativos, indicação preliminar de valor e data desejada para a contratação.

3 – Os Setores Requisitantes devem cumprir o estabelecido no item anterior com base em estimativas elaboradas em face das demandas e dos valores praticados no exercício anterior e no exercício corrente.

Artigo 9º - Plano Anual de Licitações

4 – O Setor de Licitações e Contratações deve apresentar à Diretoria a minuta do Plano Anual de Contratação até o final da primeira quinzena do mês de agosto, adequando, agregando e consolidando todas as informações dos Setores Requisitantes, de modo a estabelecer calendário de licitação e de contratos em acordo com as previsões orçamentárias do CRM.

5 – A minuta do Plano Anual de Contratação deve ser proposta pela Diretoria e aprovada pelo Corpo de Conselheiros até a primeira quinzena do mês de outubro para o exercício subsequente.

Artigo 10 – Plano Anual de Capacitação

1 – O Plano Anual de Capacitação em Licitações e Contratos deve indicar a necessidade de participação de colaboradores do CRM em eventos que visam à capacitação em licitações e contratos, podendo abranger cursos abertos e in company, presenciais e a distância, workshops, seminários, congressos e equivalentes.

2 – O Plano Anual de Capacitação em Licitações e Contratos deve priorizar os membros do Setor de Licitações, de acordo com suas responsabilidades e perfil, estimando os eventos, abordagens, quantidades, orçamento preliminar e calendário, em acordo com as previsões orçamentárias do CRM.

Artigo 10 – Plano Anual de Capacitação

3 – A Assessoria da Presidência deve apresentar à Diretoria a minuta do Plano Anual de Capacitação em Licitações e Contratos até o final da primeira quinzena do mês de agosto.

4 – A minuta do Plano Anual de Capacitação em Licitações e Contratos deve ser proposta pela Diretoria e aprovada pelo Corpo de Conselheiros até a primeira quinzena do mês de outubro para o exercício subsequente.

Contratação Direta

Artigo 11 – Procedimento Geral

1 – A contratação direta deve observar o seguinte procedimento:

a) O Setor Requisitante deve solicitar à Assessoria da Presidência autorização para a abertura de processo para a contratação direta, acompanhado das justificativas pertinentes e de estudo técnico preliminar, que deve indicar a demanda do Setor Requisitante, o objeto, a quantidade, a estimativa inicial de valor, condições que devem ser cumpridas para a execução do objeto e fundamento legal da contratação direta;

Contratação Direta

Artigo 11 – Procedimento Geral

b) Autorizada a abertura, o processo deve ser encaminhado para o Setor de Licitações, que deve elaborar termo de referência, descrevendo, com base no estudo técnico preliminar, o objeto e suas características técnicas, orçamento, eventuais exigências técnicas que devem ser cumpridas pelo contratado, os critérios para a escolha do contratado, as condições de execução da contratação, destacando-se prazos de execução e recebimento, com as justificativas sobre o cabimento da contratação direta e demais motivações que forem consideradas cabíveis;

Contratação Direta

Artigo 11 – Procedimento Geral

- c) No caso de obras e serviços de engenharia, autorizada a abertura, o processo deve retornar ao Setor Requisitante para a elaboração de projeto básico ou executivo, conforme o caso;
- d) O Setor de Licitações deve promover cotação de preços, preferencialmente pelo sistema de dispensa eletrônica, na forma do artigo 51 do Decreto Federal nº 10.024/2019;
- e) Acaso não utilizado o sistema de dispensa eletrônica, os interessados cadastrados no segmento pertinente ao objeto descrito no termo de referência devem receber o pedido de cotação, sem prejuízo de envio a agentes econômicos não cadastrados, diligenciando-se para que, no mínimo, sejam obtidas 3 (três) propostas, salvo situações excepcionais, devidamente justificadas;

Contratação Direta

Artigo 11 – Procedimento Geral

- f) O pedido de cotação deve ser acompanhado do termo de referência, do projeto básico ou do projeto executivo, conforme o caso, e indicar o prazo para a apresentação da cotação;
- g) O Setor de Licitações deve selecionar o agente econômico de acordo com os critérios definidos no termo de referência ou projeto básico ou projeto executivo, cabendo-lhe, conforme o caso, negociar condições mais vantajosas e exigir documentos de habilitação;
- h) A seleção de contratado cuja proposta não for a de menor preço deve ser justificada pelo Setor de Licitações;
- i) A contratação direta deve ser precedida de parecer jurídico;
- j) A contratação direta deve ser homologada pela Assessoria da Presidência ou pela Diretoria, conforme alçada definida no Plano Anual de Contratação.

Contratação Direta

Artigo 11 – Procedimento Geral

2 – Considera-se justificada a obtenção de menos de três propostas, na forma da alínea “e” do item 1 deste Artigo, com a comprovação do envio do pedido de cotação a três potenciais interessados cadastrados no segmento pertinente ao objeto da contratação direta ou não cadastrados que atuem no mesmo segmento ou nos casos de restrições de mercado, devidamente justificados.

3 – A seleção de agente econômico cuja proposta não for a de menor preço, à exceção dos casos de inviabilidade de competição, pode ser justificada em razão de critérios previamente definidos no pedido de cotação, com observância ao princípio da proporcionalidade, abrangendo aspectos qualitativos do objeto, prazo, experiência, metodologia de execução, condições de pagamento, questões de sustentabilidade, custos indiretos e aderência à política de conformidade do CRM.

Contratação Direta

Artigo 11 – Procedimento Geral

4 – O CRM pode realizar chamamento público, conforme sua análise de conveniência e de oportunidade, a fim de dar conhecimento ao mercado sobre processo de dispensa e de inexigibilidade de licitação, divulgar critérios de seleção do futuro contratado e receber propostas, como nos casos de compra e locação de imóveis, doação de bens móveis para fins e usos de interesse social e contratos com entidades sem fins lucrativos, atendidas as demais condições legais.

5 – O CRM pode realizar publicidade ativa, endereçando avisos ou comunicados diretamente para agentes econômicos pré-identificados, associações e demais eventuais interessados sobre chamadas públicas ou outros procedimentos de contratação direta.

Contratação Direta

Artigo 11 – Procedimento Geral

6 – No caso de cursos, treinamentos, capacitações, seminários, congressos e outros eventos promovidos por terceiros, dispensa-se o termo de referência, à exceção de eventos in company, que devem ser desenvolvidos para atender às necessidades específicas do CRM.

7 – As contratações diretas cujos valores não ultrapassarem R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) devem ser firmadas, exclusivamente, com microempresas e empresas de pequeno porte.

8 – Nos casos de inexigibilidade de licitação, a justificativa de preços pode ser realizada por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos, sendo dispensável a cotação de preços a que faz referência à alínea “d” do item 1 deste Artigo.

PL nº 1.292/1995

- V. *a elaboração do edital de licitação;*
- VI. *a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, hipótese em que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;*
- VII. *o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;*
- VIII. *a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa, e a adequação e eficiência da forma de combinação destes parâmetros para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerando todo o ciclo de vida do objeto;*

PL nº 1.292/1995

- IX. a **motivação circunstanciada das condições do edital**, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;
- X. - a **análise dos riscos** que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;
- XI. - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 23.

PL nº 1.292/1995

Art. 18

§ 1º O **estudo técnico preliminar** a que se refere o inciso I do caput deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a se avaliar a viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

- a) **necessidade da contratação**, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
- b) demonstração da previsão da contratação no **plano de contratações anual**, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;
- c) requisitos da contratação;
- d) estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

PL nº 1.292/1995

- e) **levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e económica da escolha do tipo de solução a contratar;**
- f) estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão estar em anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;
- g) **descrição da solução como um todo, inclusive exigências relacionadas à manutenção e assistência técnica, quando for o caso;**
- h) justificativas para o parcelamento ou não da solução;
- i) **demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;**

IN nº 05/2017, MPDG

Art. 20. O Planejamento da Contratação, para cada serviço a ser contratado, consistirá nas seguintes etapas:

- I - Estudos Preliminares;
- II - Gerenciamento de Riscos; e
- III - Termo de Referência ou Projeto

Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC)

IN no 04/2008/SLTI

IN no 04/2010/SLTI

IN nº 04/2014/ SLTI IN no 01/2019, SGD -ME

TCU, Acórdão nº 2569/2018

Quanto à materialidade investigada, com base em consulta ao Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (Siasg) e Comprasnet, chegou-se à estimativa de **R\$ 2,8 bilhões** no período de janeiro de 2012 a novembro de 2016 [...]

Não posso deixar de me manifestar quanto a esse aspecto. A **Administração Pública não pode ser mais refém de contratações de TI antieconômicas, que não atingem os fins a que se destinam e drenam cada vez mais recursos públicos, muitas vezes com entregas aquém dos requisitos acordados nos contratos celebrados e em tempo superior ao inicialmente pactuado.** Tenho me posicionado veementemente contra **essa ineficiência, que contrata mais do mesmo e não entrega os resultados esperados, sem consequências realmente pedagógicas para contratantes e contratados.**

TCU, Acórdão nº 1804/2019

35. Artefatos resultantes do planejamento da contratação do Pregão 5/2017 do Ministério da Integração Nacional (MI) foram confeccionados para atender às formalidades do processo licitatório, com a definição falha dos requisitos, indicando direcionamento e não com intuito de buscar a melhor contratação para a administração pública.

TCU, Acórdão nº 2037/2019

9.9. recomendar à Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia, à Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério da Economia, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público que avaliem a conveniência e a oportunidade de orientarem os órgãos e entidades federais sob sua supervisão de que o dever legal de se realizar planejamento prévio de cada contratação de TIC, inclusive naquelas viabilizadas mediante adesão a ARPs, vai além do mero preenchimento formal dos artefatos previstos na legislação.

TCU, Acórdão nº 1264/2019

23. Quanto ao Srs. Jorge Fernandes Nadler, Coordenador-Geral de Tecnologia da Informação do Ministério da Integração Nacional – MI (extinto, atual Ministério do Desenvolvimento Regional - MDR) , e Helder Mota Gomes, Coordenador de Infraestrutura e Suporte desse mesmo ministério, **averiguo que estão sendo responsabilizados por terem elaborado e aprovado os estudos técnicos preliminares em desacordo com as disposições da IN-SLTI/MP 4/2014**, o art. 3º, § 1º, o art. 7º, § 5º, o art. 6º, inciso IX, alínea “c”, o art. 15º, § 1º, da Lei 8.666/1993, o princípio da eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal, além da jurisprudência deste Tribunal, exemplificada pelo Acórdão 757/2015-TCU-Plenário, resultando em contratação eivada de irregularidades.



PLANEJAMENTO

Publicado por Marçal Justen Filho em 18.01.2018

Administração Pública brasileira tem muito a aprender com a Amazon

Consultor Jurídico

Eu tenho perguntado quando a administração pública brasileira poderá recorrer à Amazon para fazer as suas compras. Essa indagação tem sido tomada como brincadeira, mas não o é. Porque a Amazon vai demonstrando como é possível promover contratos com preço cada vez mais reduzido, sem perda da qualidade necessária para satisfazer o comprador.

[...]

Portanto, a administração pública brasileira tem muito a aprender com a Amazon. O mais simples seria abandonar a sua pretensão de criar um sistema próprio de compras e recorrer àquilo que já deu certo. Melhor comprar na Amazon do que gastar tempo, enfrentar dificuldades intermináveis e acabar com bens e serviços defeituosos e imprestáveis.





O Fracasso do Contrato Administrativo

ANO 2018 NUM 401



Joel de Menezes Niebuhr (SC)

— Advogado. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFSC. Professor de cursos de pós-graduação. Ex-Presidente do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina.

 Like 16

 Share

 Tweet

30/05/2018 10:40:00 | 2142 pessoas já leram esta coluna. | 23 usuário(s) ON-line nesta página