



Número 450

Sessões: 22, 23, 29 e 30 de novembro de 2022

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. Não é cabível a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade a empresa que pratica irregularidade no âmbito de procedimento de manifestação de interesse (PMI), regulamentado pelo Decreto 8.428/2015. Esse procedimento, apesar de possuir semelhanças com a fase interna de uma licitação, não se confunde com o certame que poderá vir a sucedê-lo, razão pela qual não é possível valer-se de interpretação extensiva para aplicação da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992.
 2. No regime de contratação integrada da Lei 12.462/2011 (RDC), é exigível a apresentação do detalhamento da composição do BDI apenas por ocasião da apresentação do projeto básico e/ou do projeto executivo, e não no momento da apresentação da proposta de preço.
-

PLENÁRIO

1. Não é cabível a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade a empresa que pratica irregularidade no âmbito de procedimento de manifestação de interesse (PMI), regulamentado pelo Decreto 8.428/2015. Esse procedimento, apesar de possuir semelhanças com a fase interna de uma licitação, não se confunde com o certame que poderá vir a sucedê-lo, razão pela qual não é possível valer-se de interpretação extensiva para aplicação da sanção prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992.

Representação formulada por unidade técnica do TCU, a partir de documentos compartilhados pela Polícia Federal, apontou possível irregularidade no Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) 11/2015, realizado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) com vistas à apresentação de estudos de viabilidade técnica a fim de subsidiar a concessão pública das rodovias BR-101/290/386/448/RS, denominadas de Rodovias de Integração do Sul. A representante noticiou que a empresa autorizada pelo Ministério a elaborar aqueles estudos teria praticado atos com o fito de obter vantagem competitiva sobre os demais concorrentes, quando do futuro procedimento licitatório da concessão. Havia evidências de que a empresa teria manipulado indevidamente os estudos objeto do PMI 11/2015, apresentados ao MTPA, a exemplo da formulação de soluções de engenharia superiores às efetivamente necessárias, fixação de critérios e parâmetros concernentes aos estudos de tráfego desfavoráveis e manipulação de dados de cadastro de pavimento, bem como na superestimava da necessidade de manutenção. Tudo isso levaria à majoração dos custos e investimentos a serem dispendidos nas rodovias ao longo do período de concessão. Considerando que os atos investigados poderiam configurar fraude à licitação, propensos a ensejar a penalidade de declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, a unidade técnica, autorizada pelo relator, promoveu a audiência da empresa que realizou os estudos. Ao apreciar as razões de justificativa oferecidas, o relator destacou, preliminarmente, que os atos praticados revelavam sim a intenção da empresa de se beneficiar futuramente da licitação, pois, ao manipular diversos critérios de entrada para valoração do negócio, como as condições atuais do pavimento e o volume de tráfego, ou a inclusão de itens cuja previsão estava superavaliada, tinha ela conhecimento de que, na execução do contrato, poderia efetuar intervenções menos robustas, ou mesmo apresentar proposta mais fidedigna às reais condições da rodovia e dos serviços que seriam necessários após a celebração do contrato. Segundo o relator, verificou-se que, de fato, “os



estudos de viabilidade se basearam em dados alterados, quais sejam, o de volume de tráfego e de dados cadastrais do pavimento". Ele também pontuou que esses dados não foram alterados por erro, mas sim com a intenção de obter vantagem em futura licitação, e que a intenção fora evidenciada *"pelas correspondências eletrônicas dos funcionários da empresa"*. Salientou não vislumbrar *"outra interpretação desses registros senão a manipulação intencional dos estudos"* pela empresa. E arrematou: *"Ainda que se considere que o estudo de viabilidade é um elemento preliminar de projeto, com nível de detalhamento muito inferior ao projeto básico e, por isso, sujeito a diversas alterações e revisões, os registros apontados não se enquadram nesse contexto"*. Não obstante concluir pela manipulação dos estudos, no que concerne à possibilidade de aplicar a sanção de declaração de inidoneidade à empresa, anuiu às conclusões externadas pelo representante do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), instado a se manifestar nos autos. O relator enfatizou que o MPTCU, em seu parecer, asseverara que, apesar de objetivos assemelhados, *"os atributos da publicidade do chamamento público de estudos e da inerente participação de terceiros externos à Administração no âmbito do PMI se mostram incompatíveis com a fase interna de uma licitação, a qual deve processar-se exclusivamente no âmbito do Poder Público"*. Assinalou também que o MPTCU, ao invocar o Decreto 8.428/2015, o qual regulamenta o procedimento de manifestação de interesse, deixara assente que essa norma caracteriza o PMI como *"procedimento próprio, autônomo, desvinculado da licitação que sobrevirá, sendo realizado, como visto acima, mediante processo de chamamento público"*, não se confundindo com o certame da concessão, haja vista possuírem *"objeto, obrigações, vigência e regulamentação próprios"*. E que, apesar das semelhanças do PMI com a fase interna da licitação, o MPTCU defendera *"não ser adequado utilizar-se de analogia para aplicar o art. 46 da Lei 8.443/1992, promovendo interpretação extensiva para fins de aplicação de sanção"*. Assim, de acordo com o MPTCU, *"apesar de algumas semelhanças, existem peculiaridades que impedem a equiparação do PMI a um procedimento licitatório"* e *"por certo que os princípios e preceitos gerais da Lei 8.666/93 devem incidir no instituto, porém, para fins da aplicação de sanções, a interpretação das normas deve sempre seguir outro caminho, cabendo ponderar as muitas diferenças entre o PMI e as licitações e contratos em geral"* (destaque no original). Destarte, o MPTCU concluiu que o PMI não configura procedimento licitatório, nem mesmo *lato sensu*, e que *"as diferenças existentes em relação a um procedimento licitatório propriamente dito fazem com que os resultados de eventual ação fraudulenta sejam significativamente diversos dos que seriam obtidos em uma licitação"*. O relator entendeu assistir inteira razão ao Parquet especializado, isso porque o PMI *"é conduzido por meio de procedimento completamente autônomo da licitação que o sucederá. Trata-se de autorização precária, que não gera exclusividade, direito de preferência, obrigação de realização de licitação ou mesmo direito ao ressarcimento dos valores despendidos"*. Chamou também a atenção, em seu voto, para o fato de que a Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) veio a caracterizar o PMI como procedimento auxiliar das licitações e manteve o caráter precário desse instrumento. E que a Administração *"tem a possibilidade de previamente ao ressarcimento analisar os dados e estudos realizados, o que foi feito no caso concreto, e fazer o juízo próprio de conveniência, oportunidade e adequação de sua utilização em um futuro certame"*. Na sequência, frisou que, em que pese concordar ter havido manipulação dos dados e estudos, o fato é que a Administração adotou as cautelas necessárias, de modo que não houve repercussões na concessão que foi levada a efeito. Por derradeiro, realçou que a Lei 14.133/2021 tipifica o crime de *"omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública"* em procedimento de manifestação de interesse (art. 337-O do Decreto-lei 2.848/1940) de forma distinta das tipificações alusivas à fraude a licitação (arts. 337-F, 337-I e 337-L do Decreto-lei 2.848/1940), o que, a seu ver, corrobora essa distinção entre o PMI, como procedimento auxiliar, e a licitação propriamente dita. Assim sendo, acolhendo a manifestação do MPTCU, o relator propôs e o colegiado decidiu que não era aplicável ao caso a imputação da penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, sem prejuízo de dar ciência do acórdão proferido ao departamento de Polícia Federal, à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República.

Acórdão 2613/2022 Plenário, Representação, Relator Ministro Bruno Dantas.

2. No regime de contratação integrada da Lei 12.462/2011 (RDC), é exigível a apresentação do detalhamento da composição do BDI apenas por ocasião da apresentação do projeto básico e/ou do projeto



executivo, e não no momento da apresentação da proposta de preço.

Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade no processo licitatório RDC 1/2021, conduzido pelo município de Ponta Grossa/PR com recursos oriundos de termo de compromisso firmado com a União, por intermédio do Ministério da Infraestrutura, no âmbito do Programa de Investimentos na Aviação Regional. O certame destinava-se à contratação de pessoa jurídica para elaboração do projeto básico, do projeto executivo e execução de obras de melhorias na infraestrutura do aeroporto regional de Ponta Grossa/PR. A irregularidade suscitada consistiu na *“desclassificação da empresa primeira colocada com fundamento no fato de não ter entregue no momento da apresentação da proposta de preço a planilha de detalhamento do BDI”*, exigência que, diga-se, constava do edital da licitação. Consoante a unidade instrutiva, a Lei 12.462/2011 não exige que as proponentes em uma licitação de RDC Contratação integrada (RDC-CI) apresentem o detalhamento do BDI, isso porque as propostas ofertadas em uma licitação RDC-CI são baseadas no anteprojeto de engenharia elaborado pela entidade promotora da licitação, o que pressupõe, segundo ela, que as soluções constantes no anteprojeto serão detalhadas, podendo até ser alteradas por ocasião da apresentação do projeto básico/executivo, implicando assim alteração do custo de execução do objeto. E uma vez que a contratação integrada é um regime de preço certo e fixo, a alteração no custo de execução *“requer, por consequência, a modificação da taxa de BDI ofertada no certame para que se mantenha o preço ofertado inalterado”*, o que significa dizer que *“muito provavelmente a taxa de BDI da proposta não será a mesma daquela constante no orçamento do projeto básico/executivo”*. E arrematou: *“Dessa forma, a ausência da planilha de BDI por ocasião da entrega das propostas pode ser considerada um vício sanável, que poderia ser corrigido, por exemplo, com a realização de uma diligência. Principalmente levando-se em consideração que se tratava da proposta mais vantajosa à Administração”*. Em seu voto, preliminarmente, o relator frisou que a discussão nos autos dizia respeito à necessidade de os licitantes, no regime de execução contratual pelo RDC, apresentarem detalhamento da composição da taxa de BDI (benefícios e despesas indiretas) apenas por ocasião da apresentação do projeto básico e/ou do projeto executivo, e não no momento da oferta da proposta na licitação. Na sequência, endossando a manifestação da unidade instrutiva, pontuou que a jurisprudência do TCU é no sentido de que, no regime de contratação integrada, as respectivas composições de custo unitário, incluindo a taxa de BDI, devem acompanhar a apresentação do projeto básico e/ou executivo. Nesse sentido, julgou oportuno transcrever o seguinte excerto do voto condutor do [Acórdão 2123/2017-Plenário](#): *“Entendo que a apresentação de um orçamento detalhado pelo construtor, por ocasião da entrega da submissão do projeto básico ao órgão contratante, é condição indispensável para o posterior acompanhamento da execução contratual, pois, apesar de os aditamentos contratuais serem em regra vedados, pode haver situações supervenientes em que os riscos alocados ao contratante sejam materializados, ensejando a celebração de aditivos contratuais. Sem a prévia apresentação do orçamento detalhado, a análise da alteração do valor contratual terá a confiabilidade definitivamente comprometida. [...] Especificamente em relação à contratação integrada, há diversos motivos para que a administração contratante exija da empresa contratada a apresentação do orçamento detalhado por ocasião da entrega dos projetos definitivos da obra, dentre os quais destaco: i) tais orçamentos serão parâmetros de controle para alterações de escopo contratual, contendo os quantitativos e preços unitários dos serviços contratados; ii) o cálculo de reajustamentos contratuais ocorrerá com maior precisão, utilizando cestas de índices setoriais ou a aplicação de índices específicos para cada serviço planilhado; iii) as planilhas orçamentárias servirão de subsídio para eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; iv) os orçamentos detalhados possibilitarão a confecção e a análise do cronograma físico-financeiro do contrato, a partir das produções horárias das equipes; e v) tais planilhas servirão como parâmetros de referência de preços de mercado em futuras licitações”* (grifos no original). Afigurava-se então, a seu ver, contrária ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa, contrária ao princípio da economicidade, danosa ao erário federal e, ainda, desarrazoada a decisão da administração municipal que teria como consequência prática, *“se não obstada, um expressivo e desnecessário dispêndio de R\$ 1,7 milhão para os cofres federais, em razão da desclassificação da empresa primeira colocada com fundamento no fato de não ter entregue no momento da apresentação da proposta de preço a planilha de detalhamento do BDI, a qual, inobstante a exigência editalícia, despicienda, não representa em licitações sob o regime de contratação integrada elemento imposto pela lei, essencial, ou mesmo necessário, para a avaliação da proposta de preço, como repetidamente enfatizado em precedentes deste Tribunal e como se pode depreender da lógica desse tipo de contratação”*. E acrescentou: *“se qualquer descumprimento de cláusula do edital pudesse conduzir à desclassificação de um licitante, o princípio da vinculação ao edital reinaria absoluto, tornando inócua a*



positivação de outros princípios nas leis que regem as licitações”. Ao se reportar especificamente à ponderação de princípios que regem os processos licitatórios, enfatizou ser “bastante razoável admitir que o princípio da vinculação ao edital não prepondera sobre os princípios da seleção da proposta mais vantajosa, da economicidade, da competitividade e mesmo sobre o princípio da moralidade administrativa, quando o requisito não cumprido não interfere na seleção da proposta mais vantajosa ou de licitante adequadamente qualificado para execução do contrato, nem prejudica o tratamento isonômico substantivo”. Destarte, não se poderia “dar guarida a tentativas de licitantes de manusear esse princípio, distorcidamente, para obterem contratos que não lograram conseguir na disputa competitiva, por não terem ofertado o menor preço, mormente em casos de vícios reconhecidamente sanáveis, como este [...], e particularmente, quando o licitante, para sustentar sua pretensão de ver esse princípio sobrepor-se aos demais, não demonstra que o vício não é sanável, não evidencia que o descumprimento da exigência editalícia implicaria contratar empresa cuja capacidade técnica restaria duvidosa ou cuja proposta não poderia ser corretamente analisada, considerando-se o regime de contratação, no caso em tela, a contratação integrada”. Ao final, acolhendo a proposição do relator, o Plenário decidiu determinar ao município de Ponta Grossa/PR a adoção de providências com vistas à anulação do ato de desclassificação daquela empresa no processo licitatório RDC 1/2021, bem como dos atos subsequentes, e ao “retorno do processo à fase imediatamente anterior”.

Acórdão 2531/2022 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaaleconosco@tcu.gov.br

