



Número 458

Sessões: 18, 19, 25 e 26 de abril de 2023

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. Existe amparo legal à utilização do modelo de locação sob medida, *built to suit*, em terrenos da União, sendo obrigatória a reversão do bem à Administração Pública ao final do contrato, hipótese em que se fazem necessários o procedimento licitatório, a concessão do direito de superfície ao eventual vencedor do certame e o atendimento às demais exigências dispostas no Acórdão 1301/2013-TCU-Plenário.
2. Em licitações regidas pela Lei 12.462/2011 (RDC), é ilegal a exigência editalícia da garantia adicional prevista no art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993, por força do art. 1º, § 2º, do próprio RDC, segundo o qual a opção pelo regime diferenciado resulta no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/1993, exceto nos casos expressamente previstos na lei específica.

PLENÁRIO

**1. Existe amparo legal à utilização do modelo de locação sob medida, *built to suit*, em terrenos da União, sendo obrigatória a reversão do bem à Administração Pública ao final do contrato, hipótese em que se fazem necessários o procedimento licitatório, a concessão do direito de superfície ao eventual vencedor do certame e o atendimento às demais exigências dispostas no Acórdão 1301/2013-TCU-Plenário.**

Em consulta formulada ao TCU acerca da legalidade de contratos administrativos de locação de imóveis na modalidade *built to suit* (aluguel sob medida) em terrenos da União, o Presidente do Conselho da Justiça Federal manifestou-se nos seguintes termos: “*consulta esse Órgão sobre a possibilidade de a Justiça Federal deflagrar procedimento licitatório a fim de selecionar a melhor proposta com vistas à construção, sob medida, de edifícios, por terceiros investidores, em terrenos pertencentes à União, seguida de locação por prazo determinado, com reversão das edificações para a proprietária após o esgotamento do prazo contratual. Trata-se, em verdade, de modalidade que se operacionaliza através da cessão do direito de superfície de terreno da União a terceiro, por tempo certo, com a contrapartida de obtenção de sedes próprias sem a necessidade de realização direta das obras necessárias*” (grifos do relator). Em seu voto, o relator pontuou, preliminarmente, que a legalidade dos contratos de locação de imóveis sob modelo *built to suit* já fora reconhecida pelo TCU, a exemplo dos [Acórdãos 1301/2013-Plenário](#) e [1928/2021-Plenário](#). Em reforço, assinalou que o procedimento em tela possui amparo na interpretação sistemática do ordenamento jurídico aplicável à espécie, com destaque para os seguintes dispositivos: art. 47-A da Lei 12.462/2011 (“*locações no modelo built to suit na Administração Pública, vigente até 30/12/2023, nos termos do art. 191 c/c art. 193, inciso II, da Lei 14.133/2021*”), art. 51 da Lei 14.133/2021 (“*locação de bens imóveis na nova Lei de Licitações*”) e art. 54-A da Lei 8.245/1991 (“*locações no modelo built to suit no âmbito privado, aplicável aos contratos administrativos, por analogia, nos termos do art. 89 da Lei 14.133/2021, após a revogação do art. 47-A da Lei 12.462/2011, prevista no art. 193, inciso II, da Lei 14.133/2021*”). Na sequência, chamou a atenção para a obrigatoriedade da reversão do bem à Administração Pública ao final do contrato de locação *built to suit* quando se tratar de imóvel em terreno da União, justamente por envolver “*construção ou reforma em próprio nacional*”. Também frisou que a regra da licitação incide na espécie, não sendo cabível o seu enquadramento na hipótese de inexistência prevista no art. 74, inciso V, da



Lei 14.133/2021 (“*aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha*”), isso porque, no caso em apreço, “*a localização do imóvel já está decidida pela Administração, pois se trata de terreno ou imóvel próprio, cabendo selecionar junto ao mercado, entre vários potenciais licitantes, quem oferecerá a melhor proposta para a reforma ou construção destinada ao contrato de aluguel*”. De acordo com o relator, essa dicção já fora acolhida na resposta à consulta objeto do mencionado Acórdão 1301/2013-TCU-Plenário, nos seguintes termos: “*9.2. responder ao nobre Presidente do Conselho Superior da Justiça do Trabalho que, nos termos do art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/1993 c/c o art. 54-A da Lei nº 8.245/1991 (incluído pela Lei nº 12.744, de 19 de dezembro de 2012), a despeito de a realização de licitação dever ser a regra, admite-se excepcionalmente a contratação direta de locação sob medida (operação built to suit), por meio de licitação dispensável fundada no art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, desde que, além da observância das demais disposições legais aplicáveis ao caso, o terreno onde será construído o imóvel seja de propriedade do particular que será o futuro locador.*” (grifos no original). Ao final, quanto ao cerne da consulta, o relator propôs e o Plenário decidiu responder ao consulente que “*existe amparo legal à utilização do modelo de locação sob medida, built to suit, em terrenos da União, sendo obrigatória a reversão do bem à Administração Pública ao final do contrato, hipótese em que se fazem necessários o procedimento licitatório, a concessão do direito de superfície ao eventual vencedor do certame e o atendimento às demais exigências dispostas no Acórdão 1.301/2013-TCU-Plenário*”.

**Acórdão 755/2023 Plenário, Consulta, Relator Ministro Antonio Anastasia.**

**2. Em licitações regidas pela Lei 12.462/2011 (RDC), é ilegal a exigência editalícia da garantia adicional prevista no art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993, por força do art. 1º, § 2º, do próprio RDC, segundo o qual a opção pelo regime diferenciado resulta no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/1993, exceto nos casos expressamente previstos na lei específica.**

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades no RDC eletrônico 196/2020, conduzido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), cujo objeto era a contratação de empresa de consultoria para execução dos serviços técnicos especializados de “*Supervisão e Apoio à fiscalização na execução das ações de Manutenção e Restauração Rodoviária, sob a jurisdição da Superintendência Regional do DNIT no Estado de Minas Gerais, constantes no PPA, subdividido em 4 lotes*”. O representante informou ter sido o consórcio vencedor do lote 2, com apresentação de proposta no valor de R\$ 17.533.352,13, com desconto de 72,8% em relação ao orçamento estimado pelo Dnit (R\$ 64.460.853,41), e que, em função do alto percentual de desconto, lhe fora solicitado que demonstrasse a exequibilidade da proposta e firmasse compromisso de apresentar garantia adicional, na forma do art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993, conforme previsto no instrumento convocatório. Atendida a diligência e assinado o Contrato 734/2020, foi-lhe concedido prazo de dez dias úteis para comprovar a garantia contratual de 5% do valor pactuado, acrescido de garantia adicional de 123% (R\$ 21.651.811,69), totalizando assim R\$22.528.479,30. Ante as tentativas frustradas de o consórcio contratar a garantia no mercado, bem como da negativa da autarquia de dispensar o cumprimento da aludida obrigação, o contrato fora rescindido unilateralmente. Diante disso, amparada na permissão do art. 41 da Lei 12.462/2011 e em pareceres jurídicos da Procuradoria Federal Especializada junto ao Dnit, a autarquia convocou as demais empresas participantes do certame, pela ordem de classificação, para manifestarem interesse em assumir os serviços remanescentes, nas condições por elas ofertadas, desde que não ultrapassado o orçamento estimado pela Administração. Desse modo, os serviços do lote 2 acabaram sendo contratados por dispensa de licitação com a 13ª colocada no certame, ao preço de R\$ 30.296.601,10, com desconto de 53% em relação ao valor orçado pelo DNIT, mas 72% superior à proposta do consórcio. Em razão desses fatos, o consórcio representante alegou ao TCU, em essência, que a prestação da garantia adicional do art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993 não se aplicaria às licitações regidas pelo Regime Diferenciado de Contratação (RDC), em decorrência do disposto no art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011. Em seu voto, o relator pontuou, preliminarmente, que a controvérsia residia na possibilidade de adoção da garantia adicional (art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993) nas licitações realizadas pelo RDC (Lei 12.462/2011), regulamentado pelo Decreto 7.581/2011. Na sequência, assinalou que, no Parecer 14/2021, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Dnit concluiu que a regra contida no art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993 não se aplicaria às licitações realizadas segundo o RDC, por força do art. 1º, § 2º, da Lei 12.462/2011, segundo o qual “*a opção pelo regime diferenciado resulta no afastamento das normas da Lei Geral de Licitações, exceto nos casos expressamente previstos na lei*



*específica*”. Destacou, ainda, que essa interpretação jurídica fundamentara decisão do Poder Judiciário, que concedera mandado de segurança para considerar ilegal a previsão editalícia de garantia adicional em outro certame conduzido pelo Dnit (RDC eletrônico 218/2020), e que esta decisão fora mantida pelo TRF-4 ao julgar apelação da autarquia. O relator ponderou, todavia, que, de um lado, tanto o parecer da Procuradoria Federal Especializada quanto a mencionada decisão judicial eram posteriores à licitação e à celebração do Contrato 734/2020. Por outro lado, frisou o relator, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Dnit também emitiu o Parecer 54/2021, em que admitiu a rescisão contratual decorrente da não apresentação da garantia adicional. Portanto, a seu ver, “*à época dos fatos não se mostrava literal e unívoca a interpretação sustentada pelo ora representante, de impossibilidade de exigência de garantia adicional em RDC*”. Para firmar seu posicionamento de mérito no caso concreto, o relator acompanhou a interpretação dada pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Dnit por meio do Parecer 14/2021 e pelo TRF-4 no processo judicial referenciado, no sentido de ser “*ilegal a aplicação, em licitações sob o RDC, da exigência do art. 48, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, por força do § 2º do art. 1º da Lei nº 12.462/2011*”, e como o RDC “*não prevê a apresentação de garantia adicional como meio de mitigação do risco de inexecutabilidade da proposta, caso esta não tenha sua exequibilidade demonstrada pela licitante diligenciada para tanto, impõe-se que seja desclassificada*”. Ressaltou, no entanto, que o reconhecimento pelo TCU da procedência da tese jurídica defendida pelo representante não teria o condão de fundamentar a anulação do certame e dos atos que culminaram na rescisão unilateral do Contrato 734/2020, uma vez que não existia à época jurisprudência consolidada em sentido divergente do entendimento adotado pela autarquia no RDC eletrônico 196/2020, e que as regras editalícias que orientaram as decisões do Dnit no caso concreto gozavam de presunção de validade, além do que não teria havido “*impugnação tempestiva desse item do edital por nenhuma das licitantes*”, tudo isso associado à “*concordância do consórcio vencedor em prestar a garantia adicional*”, devendo assim “*prevalecer os princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório*”. Por fim, o relator acolheu a proposição do Ministério Público junto ao TCU no sentido da “*realização de levantamento de auditoria com a finalidade, de averiguar se a eventual falha na orçamentação dos serviços técnicos especializados em comento tem ocorrido sistematicamente ou configura caso isolado e, confirmando-se a primeira hipótese, avaliar a sistemática de orçamentação desses serviços com vistas a identificar eventuais oportunidades de melhoria*”. Conforme sustentara o MPTCU, era “*plausível a hipótese de que a grande discrepância entre o valor orçado pelo DNIT e boa parte das ofertas propostas pelos concorrentes, ocorrida no caso destes autos, não seja um caso isolado*”, evidenciando “*indício consistente de que a sistemática de precificação adotada atualmente pelo DNIT pode ser eventualmente aperfeiçoada, de modo que seus orçamentos estimativos reflitam adequadamente os preços médios de mercado*”. A respaldar o seu posicionamento, o relator transcreveu excerto do parecer do *Parquet* chamando a atenção para o fato de que tal preocupação assumiria maior relevo em face da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), “*que veiculou regras mais rigorosas que as da Lei nº 8.666/1993*”, ao dispor que, nas licitações de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração, e será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% desse mesmo valor (art. 59, §§ 3º a 5º, da Lei 14.133/2021). Ao anuir à preocupação externada pelo MPTCU, o relator arrematou salientando que, de fato, “*essa possível falha assume maior relevância em face da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos em razão de que: (i) a novel legislação dispõe regras mais rígidas em relação às propostas inexequíveis, bem como para a apresentação da garantia adicional; e (ii) o risco de eventuais excessos nos orçamentos de referência da Administração que por vezes eram mitigados pelo crivo do mercado concorrencial – por meio da regra que permite que a exequibilidade das propostas tome por base a média das propostas com desconto de até 50% nas licitações sob a égide das Leis n.º 8.666/1993 e n.º 12.426/2011 –, não mais existe sob a Lei n.º 14.133/2021, na qual o parâmetro para aferição de exequibilidade das propostas e para o cálculo da garantia adicional exigível das licitantes passa a ser, unicamente, o valor orçado pela Administração*”. Assim sendo, o relator propôs e o Plenário decidiu considerar a representação parcialmente procedente, sem prejuízo de “*ordenar à Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (AudRodoviaAviação) que analise a conveniência e a oportunidade de incluir em seu plano de fiscalização a realização de auditoria para avaliar a sistemática de orçamentação de serviços técnicos especializados de supervisão e apoio à fiscalização pelo Dnit com vistas a identificar eventuais oportunidades de melhoria*”.

**Acórdão 812/2023 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman.**



**Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões**

**Contato: [jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br](mailto:jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br)**



PRÊMIO  
MINISTRO  
GUILHERME  
PALMEIRA

CONCURSO DE MONOGRAFIAS

• INSCRIÇÕES DE 17 DE ABRIL A 17 DE AGOSTO DE 2023 •

CATEGORIAS · TRIBUNAIS DE CONTAS E SOCIEDADE CIVIL