



Número 478

Sessões: 12, 13, 19 e 20 de março 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. O critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração, nos termos do art. 59, § 2º, da referida lei, dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.

Segunda Câmara

2. Na contratação de serviços de limpeza sob o regime de empreitada por preço global, no qual a empresa contratada apresenta as estimativas de gastos com materiais e equipamentos para a composição de custos e formação de preço, os riscos de variações nos preços dos insumos, para mais ou para menos, devem ser suportados ou auferidos por ela própria, neste último caso, quando não constatado sobrepreço.

PLENÁRIO

1. O critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração, nos termos do art. 59, § 2º, da referida lei, dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência 1/2023, do tipo menor preço e com modo de disputa aberto, realizada pela Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), sob a regência da Lei 14.133/2021 e tendo por objeto a “*contratação de serviços especiais de engenharia relacionados à realização de planejamento, levantamentos, ensaios e a elaboração dos projetos executivos de engenharia, arquitetura e documentações legais referentes à construção do Campus definitivo da Unidade Acadêmica de Belo Jardim (UABJ)*”. A sessão pública de recebimento e abertura de propostas, bem como de disputa de lances, contara com a participação de 31 empresas, sendo que as dezoito primeiras colocadas tiveram suas propostas desclassificadas por suposta inexequibilidade, em razão de haverem ofertado valor inferior a 75% do orçamento-base da licitação. Em face disso, a representante alegou, em essência, que: i) “*sua desclassificação teria sido feita de maneira sumária, sem que tenham sido promovidas as diligências necessárias previstas no art. 59, § 2º, da Lei 14.133/2021 e no próprio edital de licitação (subitem 6.10) para fins de demonstração da exequibilidade das melhores propostas apresentadas pelos licitantes*”; ii) o valor proposto pela empresa vencedora teria sido 77% superior ao da proposta mais vantajosa, “*a qual teria sido desclassificada de maneira sumária, sem que tenha sido feita qualquer diligência*”; iii) “*o entendimento jurisprudencial dominante pelo Poder Judiciário e pelo TCU seria no sentido de que é relativa e não absoluta a presunção de inexequibilidade das propostas inferiores a 75% do valor orçado pela Administração, cabendo, conforme o art. 59, § 2º, da Lei 14.133/2021, facultar às licitantes a demonstração da exequibilidade de suas propostas*”. A partir do exame dos documentos e das informações relativas à Concorrência 1/2023, a unidade técnica entendeu que, de fato, as desclassificações das propostas apresentadas pelas licitantes ocorreram de forma sumária, sem que fosse dada oportunidade para que as empresas se manifestassem sobre a sua exequibilidade, o que, em tese, não seria procedimento condizente com o art. 59, § 2º, da Lei 14.133/2021, segundo o qual “*a Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade*



das propostas ou exigir das licitantes sua demonstração”. A unidade instrutiva também afirmou que a ausência de oportunidade para as licitantes demonstrarem a exequibilidade de suas propostas seria procedimento contrário à jurisprudência do Tribunal, “conforme a Súmula TCU 262 e Acórdãos 1244/2018-TCU-Plenário; 2528/2012-TCU-Plenário; 1079/2017-TCU-Plenário; e 1161/2014-TCU-Plenário”. Realizada a oitiva prévia da UFRPE, esta informou haver retornado o certame à fase de julgamento das propostas e realizado diligências, junto às empresas que apresentaram propostas com valores inferiores a 75% do orçamento estimativo da licitação, para demonstração de sua exequibilidade, em cumprimento ao disposto no art. 59, § 2º, da Lei 14.133/2021. Dessa forma, a unidade técnica concluiu que a representação perdera seu objeto, propondo então que ela fosse considerada prejudicada, com o consequente arquivamento dos autos. Em seu voto, não obstante anuir à conclusão de que a representação “perdeu seu objeto, ante o saneamento da irregularidade”, o relator julgou pertinente aduzir comentários acerca do art. 59 da Lei 14.133/2021, que assim dispõe: “Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que: [...] IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração; [...] § 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do caput deste artigo. [...] § 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração. § 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei”. Após transcrever o aludido dispositivo legal, o relator assinalou que o parâmetro de inexequibilidade de propostas “insculpido no parágrafo 4º do dispositivo” deveria ser visto e interpretado de maneira sistemática “e no mesmo prisma que o parágrafo 2º”, cabendo à Administração oferecer à licitante oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, isso porque “eventual valor muito inferior ao que foi previsto pela Administração no orçamento-base da licitação não é, por si só, indicador absoluto de inexequibilidade da proposta, haja vista, por exemplo, a possibilidade de que referido valor orçado contenha equívocos ou a licitante consiga demonstrar sua capacidade de executar o objeto no valor por ela proposto”. Na sequência, frisou que a maior parte da jurisprudência do TCU sobre o tema, em particular a Súmula TCU 262, fora proferida ainda sob a égide da Lei 8.666/1993, e que, num dos “primeiros precedentes sobre a matéria proferidos já com base na Lei 14.133/2021 (Acórdão 2198/2023-TCU-Plenário)”, o entendimento do colegiado foi sustentado da seguinte forma: “Considerando que o § 4º do art. 59 da Lei 14.133/2021 estabelece que, ‘No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração’; Considerando que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços inexequíveis (art. 59, inciso III, da Lei 14.133/2021); Considerando que, neste caso, não há que se cogitar da realização de diligências para aferir a inexequibilidade, pois o lance abaixo daquele percentual de 75% já é identificado pela própria Lei como inexequível, devendo a proposta ser desclassificada”. Como contraponto, o relator trouxe entendimento diverso extraído de publicação do Tribunal intitulada “Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU”, 5ª edição, divulgado em 2023”, consubstanciado nos seguintes termos: “Consoante exposto anteriormente, a Lei 14.133/2021 delimitou a inexequibilidade a valores inferiores a 75% do valor orçado pela Administração. No entanto, considerando o disposto na Súmula TCU 262 e em diversos julgados do TCU, ainda sob a égide da Lei 8.666/1993, esse limite também pode ser considerado para fins de presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. Não se vê, portanto, obstáculo para aplicar a súmula citada à Lei 14.133/2021, inclusive porque o art. 59, inciso IV c/c § 2º, da referida Lei prevê expressamente a possibilidade de a exequibilidade ser demonstrada pelo licitante, quando solicitado pela Administração.” (grifos do relator). Retomando o caso concreto, o relator chamou a atenção para o fato de que, além do grande número de desclassificações por suposta inexequibilidade, ocorreu também uma “diferença substancial de quase 27% entre o valor mínimo aceitável arbitrado pela UFRPE e a mediana das propostas desclassificadas”, a qual, para ele “chama a atenção e induz o questionamento de que é possível que o orçamento-base da licitação esteja superavaliado”. Além disso, continuou, “o Tribunal, em sua jurisprudência (Acórdãos 325/2007, 3092/2014, ambos do Plenário), apresentou exemplos de estratégias comerciais que podem levar uma empresa a reduzir sua margem de remuneração incluída em sua proposta de preços, a saber: (i) interesses próprios da empresa em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado; ou (ii) incrementar seu portfólio; ou ainda (iii) formar um novo fluxo de caixa



advindo do contrato”. Portanto, a seu ver, ainda que a proposta da licitante tenha sido inferior ao patamar de 75% do valor orçado pela Administração, “*a empresa pode ter motivos comerciais legítimos para fazê-lo, cabendo à Administração perquiri-los*”, dando oportunidade ao licitante para demonstrar a exequibilidade do valor proposto. Ademais, acerca do precitado Acórdão 2198/2023-Plenário, prosseguiu ele, aquela mesma publicação institucional do TCU teria deixado assente: “*é importante notar que o julgado sobre essa disposição específica da Lei 14.133/2021 ainda é isolado, sendo aconselhável aguardar novas decisões para ter uma compreensão mais clara e definitiva sobre a aplicação desse dispositivo legal a partir de casos concretos*”. Nesse contexto, o relator concluiu não ver óbices a que “*o entendimento consolidado e sumulado na jurisprudência do TCU – Súmula TCU 262 – seja mantido inalterado, mesmo em face da novel Lei 14.133/2021*”, e, por “*ser esse um possível leading case*”, julgou oportuno que, em acréscimo à proposta da unidade técnica de arquivamento dos autos por perda de objeto da representação, fosse a UFRPE cientificada de que “*o critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, da mesma lei*”, no que foi acompanhado pelos demais ministros.

Acórdão 465/2024 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman.

SEGUNDA CÂMARA

2. Na contratação de serviços de limpeza sob o regime de empreitada por preço global, no qual a empresa contratada apresenta as estimativas de gastos com materiais e equipamentos para a composição de custos e formação de preço, os riscos de variações nos preços dos insumos, para mais ou para menos, devem ser suportados ou auferidos por ela própria, neste último caso, quando não constatado sobrepreço.

Ao apreciar processo de contas anuais do Hospital Federal do Andaraí, relativo ao exercício de 2018, a Controladoria Geral da União (CGU) emitiu certificado de auditoria pela irregularidade das contas da então diretora-geral da entidade, baseado na má gestão de serviços terceirizados, a partir de três constatações, entre as quais mereceu destaque a seguinte: “*prejuízo ao erário no montante de R\$ 1.397.715,89, decorrente de desvantagens nas condições do Contrato 02/2018 relativo ao serviço de limpeza*”. Conforme a unidade técnica, o montante do prejuízo calculado pela CGU, relacionado à execução do mencionado contrato, resultante de dispensa de licitação, estaria dividido em dois itens: “*a) o percentual de custos indiretos aceito no Contrato 2/2018 está 3,46% acima do limite aceitável para Administração Pública (5%), causando um prejuízo mensal estimado de R\$ 35.858,06, totalizando R\$ 215.148,36 (R\$ 35.858,06 x 6 meses) no período de vigência do contrato; e b) a CGU relata ter comparado o valor mensal previsto para material/acessórios e equipamentos a serem utilizados pelos terceirizados da empresa, estimado a partir da planilha de custos e formação de preços, com a relação de notas fiscais referentes à aquisição de materiais e equipamentos fornecidos pela empresa, constatando que ocorreu uma diferença mensal estimada em R\$ 138.202,74 a favor da empresa, totalizando R\$967.419,17 para os meses de vigência do mesmo contrato*”. Ao final da instrução, a unidade técnica descaracterizou o suposto prejuízo, uma vez que o órgão de controle interno “*não evidenciou que houve sobrepreço ou não vantajosidade para o hospital em relação ao contrato celebrado com a empresa, ou seja, que os preços contratados foram superiores aos valores praticados no mercado*”. Em seu voto, partindo da premissa de que nos contratos de empreitada o prestador do serviço “*assume os riscos pelas eventuais variações de preços dos materiais em troca da garantia de receber o valor pactuado*”, e que o contrato fora celebrado sob o regime de preço global, no qual a empresa contratada “*apresentou as estimativas de gastos com materiais e equipamentos para a composição de custos e formação de preço*”, o relator frisou, na esteira da unidade instrutiva, que os riscos de variações nos preços dos insumos, para mais ou para menos, “*devem ser suportados ou auferidos por ela própria, neste último caso, quando não constatado sobrepreço*”. E por não restar demonstrado que os pagamentos efetivados pelo Hospital Federal do Andaraí foram superiores aos praticados pelo mercado, não haveria, a seu ver, “*como caracterizar, por si só, prejuízos à administração, em razão dos custos incorridos na execução contratual serem inferiores aos respectivos valores indicados na planilha de formação de preços da contratada*”. A corroborar sua assertiva, invocou a própria jurisprudência do TCU, segundo a qual, “*para imputação de*



sobrepreço/superfaturamento, deve-se demonstrar que o valor a pagar/pago pela Administração suplanta o valor de mercado ([Acórdãos 14.205/2018-TCU-1^a Câmara, 12.508/2019-TCU-2^a Câmara e outros](#))”, o que, para ele, não fora feito no caso concreto, sendo assim “*inviável a imputação de débito*”. Quanto aos percentuais de custos indiretos estarem 3,46% acima do limite de 5% recomendado por decisão do TCU e pela Nota Técnica 1/2007 da Secretaria de Controle Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator assinalou que, no relatório de auditoria da CGU, não estariam explicitadas as razões dessa diferença, tendo apenas sido registrado que a empresa apresentara sua planilha de custos e formação de preços com o percentual de 9,25% para os itens PIS e COFINS (1,65% e 7,60%, respectivamente), justificado pelo fato de estar sujeita à tributação apurada com base no lucro real. No entanto, ponderou o relator, nesse regime tributário “*os percentuais do PIS e COFINS não são cumulativos e se sujeitam a descontos de créditos tributários de operações anteriores para as pessoas jurídicas submetidas ao mesmo regime de apuração (lucro real)*”, razão pela qual “*não seria adequado considerar suas alíquotas totais, sem prever tais créditos*”. E arrematou: “*trata-se de irregularidade de difícil, senão inviável, quantificação, pois o montante dos créditos tributários aplicáveis é informação específica e interna da empresa, não sendo possível de ser apurado pela administração pública, mas ainda em um contrato em que não houve caracterização de sobrepreço*”. O relator foi acompanhado pelos demais ministros.

Acórdão 1593/2024 Segunda Câmara, Prestação de Contas, Relator Ministro Augusto Nardes.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br