



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: “*consulto 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 (“*licitações 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 (“*licitação de bens imóveis na nova Lei de Licitações*”) e art. 54-A da Lei 8.245/1991 (“*licitações 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 inexigibilidade 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 consultante 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 e ditalícia 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 conclui 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 inexequibilidade 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 “índicio 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 nº 8.666/1993 e nº 12.426/2011 –, não mais existe sob a Lei nº 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.



Informativo Licitações e Contratos

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br

