



Número 495

Sessões: 5, 6, 12 e 13 de novembro 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. No regime de contratação integrada, erros substanciais (arts. 138 e 139 do Código Civil) referentes a condições de contorno constantes do anteprojeto de engenharia que ensejam “onerosidade excessiva” no contrato, à luz da teoria da imprevisão, podem redundar em aditivo de reequilíbrio em favor da contratada, sendo recomendável que o órgão ou a entidade contratante inclua, na matriz de riscos, o alcance daquela expressão. Ausente menção explícita no contrato, a “onerosidade excessiva” pode ser tomada a partir do momento em que o lucro líquido da contratada se tornar negativo, avaliando-se a equação econômico-financeira do contrato como um todo, com cálculo realizado a partir do lucro bruto estimado no orçamento de referência da Administração, descontados o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).
2. O critério de julgamento de “melhor técnica” ou de “técnica e preço” deve ser adotado para a contratação dos serviços técnicos especializados previstos no art. 6º, inciso XVIII, alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’, da Lei 14.133/2021 (projetos, fiscalizações e ensaios técnicos) com valores estimados superiores ao estabelecido no art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, pois tais serviços possuem, em regra e presumidamente, complexidade que exige a aferição da técnica.

PLENÁRIO

1. **No regime de contratação integrada, erros substanciais (arts. 138 e 139 do Código Civil) referentes a condições de contorno constantes do anteprojeto de engenharia que ensejam “onerosidade excessiva” no contrato, à luz da teoria da imprevisão, podem redundar em aditivo de reequilíbrio em favor da contratada, sendo recomendável que o órgão ou a entidade contratante inclua, na matriz de riscos, o alcance daquela expressão. Ausente menção explícita no contrato, a “onerosidade excessiva” pode ser tomada a partir do momento em que o lucro líquido da contratada se tornar negativo, avaliando-se a equação econômico-financeira do contrato como um todo, com cálculo realizado a partir do lucro bruto estimado no orçamento de referência da Administração, descontados o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).**

Em fiscalização realizada nas obras de construção do Lote 6F da Ferrovia de Integração Oeste-Leste (Fiol), localizado no segmento entre Caetité/BA e Barreiras/BA, denominado Fiol 2, a equipe de auditoria identificou, entre os achados relacionados ao Contrato 33/2021 – celebrado pela Infra S.A. visando à “*Contratação Integrada para Elaboração dos Projetos Básico e Executivo de Engenharia e Execução do Lote 6f-A da Ferrovia de Integração Oeste Leste*” –, o risco de uso de brita para lastro com parâmetros de qualidade em desacordo com o contratado. O relatório de auditoria descreveu que, após ensaios técnicos realizados em campo, nenhuma das quatro pedreiras previamente cadastradas no anteprojeto de engenharia atendia aos requisitos normativos para o respectivo uso no lastro da ferrovia, ainda que os documentos licitatórios atestassem a possibilidade do uso. Considerando que os gestores indicaram, potencialmente, a necessidade de se recorrer a material de pedreira não cadastrada e mais distante, com possível aditamento do contrato – apesar de a matriz de riscos indicar a impossibilidade de tal procedimento –, apontara-se o risco de “*ilegalidade decisória*” da Infra S.A. Além disso,



a falta de decisão sobre qual pedreira forneceria brita para execução do lastro, juntamente com outros fatores, acarretara atraso na execução das obras. Promovida a oitiva da Infra S.A., a estatal informou que as análises das fontes de material provenientes daquelas pedreiras confirmaram a inviabilidade de utilização das fontes de insumo indicadas a todos os licitantes. Reportou que já teriam sido pesquisadas e testadas outras pedreiras mais distantes (em um total de seis), e que a mais próxima considerada como adequada não estaria, ainda, em condições de atender às “*demandas do trecho, o que envolve tempo e custos considerados impeditivos para adequação de acessos, licenças, mobilizações e desbloqueios minerários*”. A jurisdicionada alegou que, se considerada a outra fonte mais próxima avaliada como apta para utilização, haveria “*oneração de encargos da contratada na ordem de R\$ 10 milhões, levando em conta os maiores custos de transporte*” e informou, tendo em “*vista que a matriz de riscos indica, ostensivamente, que o ônus da eventual inadequação dos materiais indicados em anteprojeto é da contratada*”, a ocorrência de discussões referentes à possibilidade de reequilibrar o contrato frente a esse fato novo, qual seja, o conhecimento, *a posteriori* da apresentação das propostas, da inviabilidade do material pétreo informado no edital. Acrescentou que, levando em conta o alto impacto econômico em arcar com os custos da modificação da fonte de fornecimento da brita para lastro, sem prejuízo da manutenção dos índices normativamente estabelecidos, “*a empreiteira abandonará o contrato, com prováveis litígios administrativos e judiciais daí decorrentes*”. Em seu voto, o relator reforçou que, no caso concreto, a matriz de riscos do contrato alocara como ônus da contratada os riscos de materiais encontrados em desacordo com o previsto no anteprojeto. Também não restavam dúvidas, segundo ele, de que o anteprojeto licitatório indicara a possibilidade e a adequação do material pétreo em quatro jazidas do lote em construção, e que, no decorrer da obra, a informação disponível a todos os licitantes mostrou-se incorreta. Asseverou ainda que, “*em digressão razoável, não se fazia exigível – porque isso se faz inviável economicamente – que cada licitante providenciasse, paralelamente às informações sugeridas no edital, seus estudos independentes de sondagem. Trata-se de campanhas não raras vezes milionárias, que podem levar meses de duração*”. Concluiu então que as informações necessárias e suficientes para que as empresas tanto pré-dimensionassem suas soluções técnicas como apresentassem seus preços dependiam das informações prestadas pela Infra S.A. no edital, caracterizadas como condições de contorno, isto é, “*levantamentos de entrada necessários e anteriores ao ‘uso da inteligência’ pelos elaboradores do projeto. Tais elementos, portanto, devem estar detalhadamente disponíveis no edital, como condição para a comparação entre as propostas e como requisito para a isonomia do certame. Nas contratações integradas, a administração provê as condições de contorno; as contratadas, a partir disso, definem a solução*””. O relator enfatizou que, no presente caso, “*como, infelizmente, tem sido corriqueiro nas contratações integradas e semi-integradas*”, as condições de contorno providas pela Administração apresentaram erros ou imprecisões relevantes, e que, de forma geral, embora os licitantes não tenham qualquer controle sobre essas circunstâncias e, em razão disso, não possuam elementos para aferir a probabilidade e o impacto dessa incerteza, as matrizes de risco “*têm alocado tal incerteza para os particulares*”. E ao se considerar essa distribuição de riscos, a licitação “*pode ter como resultado não a melhor vantagem, mas a ‘melhor sorte’, a partir da proposta do licitante que mais aposte que os estudos providos pela administração estão corretos*”. Para o relator, essas incorreções, quando grosseiras, podem viciar a formação de vontades manifestada no edital, dada a boa-fé entre as partes, ou seja, esses “*erros de entrada*” dão azo a vícios na capacidade volitiva e têm o poder de tornar as avenças anuláveis. A corroborar sua assertiva, chamou a atenção para o que dispõe o Código Civil acerca do erro substancial, quando versa sobre “*defeitos no negócio jurídico – Capítulo IV: Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais.*” (grifos do relator). Na sequência, sintetizou: “*Como dado, ‘erro substancial’ é uma falha relevante no consentimento que pode afetar a validade do contrato. É um vício que envolve um equívoco essencial determinante para o consentimento, com influência decisiva nas condições econômico-financeiras acordadas.*” (grifos do relator). Nesse sentido, os “*erros de informação*” que quebram a expectativa razoável de veracidade que pauta a proposta das licitantes, configurando quadro fático incorreto, insuficiente ou mal compreendido, quando decisivos para a formação das condições do negócio, “*afetam ponto relevante na equação econômica da pactuação*”. O relator registrou que, tipicamente, em empreitadas por preços unitários ou globais, erros nas condições de contorno, tais como equívocos no mapeamento de jazidas ou inadequação dos materiais disponíveis (entre outros elementos “*de entrada*” para o projeto), redundam em uma alteração unilateral do contrato, porque reformam o projeto e suas respectivas



especificações, representando modificações qualitativas do contrato, ou mesmo quantitativas, quando repercutem em simples aumento das distâncias de transporte, por exemplo, não havendo, pois, dúvidas quanto à necessidade de aditar aquelas avenças. Já nas contratações integradas, quando as matrizes de riscos alocam como ônus das contratadas os encargos decorrentes das fontes de obtenção de insumos, a mera modificação da condição de contorno, por si só, não repercute em alteração contratual, porque o contrato entre as partes já previra tal condição. Nesse caso, acrescentou ele, o evento é considerado como “ordinário”, devendo as licitantes considerarem tal incerteza na oferta do seu preço, moldando-se assim, nesses termos, a equação econômico-financeira do contrato. Ponderou, no entanto, que essa equação é feita com base nas informações que cada parte dispunha à época da emanação de vontades, considerada a boa-fé subjetiva e a objetiva. No caso concreto, as condições de contorno teriam sido providas pela Administração e os preços foram dados em proporcional avaliação de correção quanto àquelas informações. Nesse cenário, quando se trata de erros de informação grosseiros, substanciais e materialmente impactantes na equação econômica, em fato novo, imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis, “*extrapolase a ordinariedade passível de ser prevista pelas partes*” e, como extraordinário e absolutamente incalculável, “*pode haver a necessidade de reequilibrar o contrato*”. Por conseguinte, “*imprecisões comuns, que podem ser consideradas não excessivas, referentes a condições de contorno, que onerem ou desonerem ordinariamente a equação econômico-financeira pautada na matriz de riscos, devem ser suportadas pelas contratadas. Erros substanciais, que ensejam uma onerosidade excessiva no contrato – à luz da teoria da imprevisão – podem redundar, porque fornecidos pelo contratante, em aditivo contatual.*” (grifos do relator). A seu ver, nesses erros graves no provimento das condições de contorno, raciocínio diverso redundaria em condenar os contratos, por falha da Administração, a obras inacabadas e, com esse desfecho, “*nem os interesses econômico-financeiros da contratada estariam satisfeitos – em face de condição absolutamente não gerenciável de risco pelos licitantes – nem os da administração, em seu desiderato de prover o objeto (a preço de mercado)*”. O relator frisou que, por justeza, se houvesse redução desproporcional de custos e soluções por parte da contratada, haveria de ser formalizado, igualmente, um aditivo redutor do contrato. Portanto, “*caso se descubram materiais mais aptos e mais próximos que repercutam em desproporcional vantagem ao particular, a administração teria o direito e o dever de exigir a redução do valor contratual*”. Destarte, tornando, em tese, possível o reequilíbrio econômico-financeiro em face de erro de informação provida pela Administração, haveria de se considerar, no caso concreto, os requisitos da teoria da imprevisão para viabilizar esse extraordinário aditamento contratual, haja vista que, em álea econômica, o reequilíbrio “*só se faz justo quando comprovadamente redunde em ônus extraordinário, com extrema vantagem (ou desvantagem) a quaisquer das partes*”. Na situação em tela, a repercussão financeira decorrente da modificação da fonte de insumos, em pedreira considerada mais viável, seria que o consórcio contratado teria aumento de seus custos contratuais em aproximadamente R\$ 10 milhões, o que representaria cerca de 2% de repercussão financeira (R\$ 500 milhões globais), montante que, na ótica do relator, não seria tal que caracterizasse onerosidade excessiva da contratada. Ele pontuou que, em decisões mais recentes, o TCU tem considerado como baliza de variação extrema de encargos o montante de lucro líquido que seria percebido pelo particular, tomando como pressuposto o orçamento referencial elaborado pela Administração. Invocou, para tanto, o [Acórdão 2135/2023-Plenário](#), de sua relatoria, julgando oportuno transcrever o seguinte excerto do seu voto condutor: “*A jurisprudência desta Corte de Contas, inaugurada pelo Acórdão 1604/2015-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, parece estar convergindo para o emprego da taxa de lucro constante do BDI de referência como parâmetro prioritário para caracterizar a onerosidade excessiva de um desequilíbrio contratual. Nesse sentido, os Acórdão 4072/2020-TCU-Plenário (relator: Ministro Bruno Dantas), 1.905/2020-Plenário (relatora: Ministra Ana Arraes) e 8.032/2023-1ª Câmara (de minha própria relatoria). A taxa de lucro do BDI, além de ser a ‘réguia’ que mede a ocorrência ou não de um significativo desequilíbrio na equação econômico-financeira da avença, também é expurgada por alguns normativos no cálculo do REF, como procede o Dnit em sua Resolução 13/2021. A exclusão do lucro (e de outras rubricas do BDI) poderia ser explicada pela necessidade de evitar o enriquecimento sem causa do particular, na medida em que a incidência da taxa de lucro sobre o valor a ser indenizado ao particular causaria novo desequilíbrio ao ajuste, desta vez onerando a administração contratante para aumentar indevidamente a remuneração do contratado por meio da incidência de lucro sobre uma elevação extraordinária e imprevisível dos custos dos insumos*” (grifos do relator). Destacou que, no caso do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit), que se utiliza das referências do Sicre para lastrear os seus preços de mercado – também empregado pela Infra S.A. para parametrizar o justo preço das obras da Fiol –, a autarquia regulamentara,



mediante a Resolução 13/2021, o percentual de 5,11% para o limite de onerosidade excessiva, obtido a partir do expurgo do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) do lucro bruto embutido no BDI de referência. Dito isso, concluiu que os 2% de repercussão da “novidade” contratual – erro na condição de contorno com respeito à possibilidade de utilização das jazidas mapeadas no anteprojeto – não representariam patamar suficiente para justificar o reequilíbrio entre as partes. De acordo com ele, o fato de a contratada não concordar com tais termos, “*em ameaça de abandono das obras, deve ser tratado, se assim for o caso, nos termos da lei e do contrato, com aplicação das respectivas penalidades*”. Consoante o relator, para o cômputo da ‘onerosidade excessiva’, ausente menção explícita no contrato, “*pode ser estimado*” o momento em que o lucro líquido da contratada se tornar negativo, com cálculo realizado a partir do lucro bruto estimado no orçamento de referência da Administração, descontados o IRPJ e a CSLL, “*tal qual ajuizado em jurisprudência mais recente desta Corte*”. Ao final do seu voto, defendeu a expedição de ciências e recomendações à Infra S.A., de sorte a evitar a consumação de irregularidades potenciais “*alardeadas pela unidade técnica*”. E arrematou: “*Condições de contorno apresentadas na licitação – base para as proposições de soluções de projeto pelas contratadas – destoantemente diferentes das condições de campo observadas na fase contratual maculam a competitividade do certame e comprometem a régua de vantajosidade dos certames, sem contar a potencial inexequibilidade do empreendimento, em face de distribuições de risco que ignoram a capacidade de as empresas administrarem e orçarem as incertezas*”. Avaliou, por derradeiro, que a decisão proferida pelo Tribunal na situação em tela poderia nortear boas práticas de outras contratações integradas e semi-integradas, não somente nas empresas estatais, mas também na Administração direta. Assim sendo, o relator propôs, e o Plenário decidiu, entre outras providências, dar ciência à Infra S.A., no que concerne à contratação integrada objeto do Contrato 33/2021, que: a) “*o atendimento a pleito de reequilíbrio econômico-financeiro da contratada em face do aumento da distância de transporte de brita para lastro, em razão da superveniência de informação sobre a inadequação do material pétreo nas quatro pedreiras de projeto, em novidade da informação, representando um ‘erro substancial’ de informação disponível a todos os concorrentes (arts. 138 e 139 do Código Civil Brasileiro), só pode ser acatado se comprovada a ocorrência de uma ‘onerosidade excessiva’ dos encargos da contratada, tomada a partir da subtração dos custos (inclusive de transporte) da nova solução pelos custos da solução tomada em anteprojeto*”; b) ausente menção explícita no contrato, a sobredita ‘onerosidade excessiva’ poderia ser tomada “*a partir do momento em que o lucro líquido da contratada se tornar negativo, avaliando a equação econômico-financeira do contrato como um todo, com cálculo realizado a partir do lucro bruto estimado no orçamento de referência da administração, descontados o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), tal qual ajuizado em jurisprudência mais recente desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1.604/2015-Plenário, 1.905/2020-Plenário, 4.072/2020-Plenário, 2.135/2023-Plenário e 8.032/2023-1ª Câmara*”. Outrossim, ainda na esteira da proposição do relator, o Pleno decidiu recomendar à Infra S.A. que: i) “*avalie a conveniência e oportunidade de incluir na matriz de risco, como ônus total da contratada, os riscos de sondagem, caracterização dos materiais, estudos de vazão ou qualquer outra condição de contorno necessária para a confecção do projeto definitivo pela contratada e, consequentemente, a proposição do valor justo, sem que as licitantes tenham qualquer gerenciamento sobre tais premissas ou condição razoável de monetizar esses tipos de risco, em prol dos princípios da isonomia, definição da melhor proposta, economicidade e competitividade*”; e ii) “*inclua nas próximas matrizes de risco ou normativo interno da empresa estatal o que venha a ser uma ‘onerosidade excessiva’ necessária para configuração do desequilíbrio econômico-financeiro da evença, nos termos da teoria da imprevisão, do art. 81, inciso VI, da Lei 13.303/2016 e do guardado nos arts. 478, 479 e 480 do Código Civil Brasileiro, aplicável à Infra S.A. por força do art. 68 da Lei das Estatais, em prol da segurança jurídica dos futuros contratos*”.

Acórdão 2429/2024 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Benjamin Zymler.

2. O critério de julgamento de “melhor técnica” ou de “técnica e preço” deve ser adotado para a contratação dos serviços técnicos especializados previstos no art. 6º, inciso XVIII, alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’, da Lei 14.133/2021 (projetos, fiscalizações e ensaios técnicos) com valores estimados superiores ao estabelecido no art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, pois tais serviços possuem, em regra e presumidamente, complexidade que exige a aferição da técnica.



Denúncia formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades ocorridas na Concorrência 1/2023, conduzida pela Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE), tendo por objeto a “*contratação de serviço especial de engenharia prestado por empresa com fins de promover a realização de planejamento, levantamentos, ensaios e a elaboração dos projetos executivos de engenharia, de arquitetura e documentações legais referentes a construção do Campus definitivo da Unidade Acadêmica de Belo Jardim (UABJ) da Universidade Federal Rural de Pernambuco (UFRPE)*”. O denunciante alegou, em síntese, que: i) o objeto da concorrência se enquadraria como serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, “*relacionado a trabalhos relativos a ‘estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos’, listados na alínea ‘a’ do inciso XVIII do art. 6º da Lei 14.133/2021*”; ii) assim, o critério de julgamento pelo “menor preço”, previsto no edital, contrariaria o art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, “*haja vista que ‘serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual’ (estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos) devem ter como critério de julgamento ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’, considerando ainda que o valor estimado da contratação supera R\$ 300 mil*”; iii) a UFRPE entendera, de forma incorreta, que poderia adotar o critério de “menor preço” simplesmente pelo fato de se tratar de concorrência; iv) a legislação não permitiria, no caso concreto, discricionariedade ao gestor para escolher o “menor preço” como critério de julgamento das propostas dos licitantes. Ao se pronunciar no voto, o relator entendeu que a denúncia deveria ser considerada improcedente, resumidamente, porque: a) a Lei 14.133/2021 não teria estipulado, em caráter absoluto e peremptório, que todos os serviços enumerados no art. 6º, inciso, XVIII teriam natureza predominantemente intelectual; b) a natureza intelectual seria típica de serviços em que a arte e a racionalidade humanas são essenciais para a execução satisfatória, não se aplicando a tarefas executáveis mecanicamente ou por métodos preestabelecidos, conforme decidido mediante o [Acórdão 2.471/2008-Plenário](#); c) pouquíssimos casos de contratações públicas se enquadrariam como “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual”, pois exigem qualificação técnica diferenciada e a predominância da intelectualidade; d) para o enquadramento de serviços no inciso XVIII do *caput* do art. 6º, eles não poderiam ser prestados segundo normas, métodos, protocolos e técnicas preestabelecidas; e) não sendo de “natureza eminentemente intelectual”, não haveria necessidade de licitação por “técnica e preço”, como impõe o art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, podendo, inclusive, ser utilizada a modalidade pregão; f) os princípios da economicidade, da proporcionalidade, do interesse público e da motivação exigiriam uma interpretação não literal do art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, considerando o custo-benefício da “técnica e preço”, devendo tal critério de julgamento ser adotado quando houver a preponderância eminentemente intelectual; g) o uso da “técnica e preço” poderia ocorrer em caso de objeto tecnicamente simples, sem diferenças relevantes de solução, quando o valor ultrapassasse o limite legal, tornando esse critério de julgamento não razoável; h) a jurisprudência do TCU, a exemplo do [Acórdão 713/2019-Plenário](#), classifica serviços de engenharia consultiva como comuns, impondo a realização de pregão; i) alguns serviços referentes a controle de qualidade de materiais de construção e ensaios de solo seriam executados por especificações usuais de mercado, afastando-os de uma classificação “eminentemente intelectuais”; j) a jurisprudência do TCU, baseada na Lei 8.666/1993, considera indevida a adoção de “técnica e preço”, pela ausência de predominância intelectual, em serviços de manutenção e supervisão de equipamentos ([Acórdão 653/2007-Plenário](#)) e planejamento, execução e acompanhamento de eventos com valor estimado de R\$ 394.892,00 ([Acórdão 327/2010-Plenário](#)); k) a interpretação literal do dispositivo questionado poderia levar a situações absurdas, com a aplicação da “técnica e preço” para atividades simples, o que poderia representar indesejado risco ao erário, contrário, portanto, ao interesse público. Em função do que expôs, o relator concluiu que: “*a) o rol exaustivo constante do inciso XVIII do art. 6º da Lei 14.133/2021 tem o condão de restringir os serviços técnicos especializados passíveis de serem classificados como de natureza predominantemente intelectual e não de estipular em caráter peremptório que os serviços listados, de per si, possuirão tal natureza; b) assim sendo, os serviços técnicos especializados arrolados no inciso XVIII do caput do art. 6º da Lei 14.133/2021 podem ou não ser considerados de ‘natureza predominantemente intelectual’; c) o excepcional enquadramento do serviço a ser contratado como ‘serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual’ deve ser demonstrado durante o planejamento da contratação (fase preparatória) e explicitado no documento ‘estudo técnico preliminar’ de contratação (Lei 14.133/2021, art. 5º, princípio da motivação); e d) não se aplica a regra prevista no art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021 quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar*”. Divergindo do relator, o Ministro Benjamin Zymler apresentou declaração de voto, em que, inicialmente, afirmou não compartilhar com



a tese de flexibilização do conteúdo do art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, admitindo que, se não houvesse norma expressa e literal determinando o contrário, ele tenderia a concordar com a posição defendida pelo relator. Nesse sentido, transcreveu o teor do mencionado dispositivo: “*Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por: [...] §2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’ do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), [valor atualizado, R\$ 359.436,08] o julgamento será por: I - melhor técnica; ou II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica*” (grifos do original) e, em seguida, as mencionadas alíneas “a”, “d” e “h”: “*Art. 6º [...] XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a: a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; [...] d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; [...] h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e labororiais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso;*” (grifos do original). Transcritos os normativos envolvidos e considerando que o objeto do caso em apreciação fora descrito como “*serviços de elaboração de projeto arquitetônico e complementares*”, o Ministro Zymler asseverou que, na gramática da nova lei, “*o critério de julgamento do certame questionado haveria de ser a melhor técnica, ou a técnica e preço*”. Prosseguindo, sustentou que se fosse viável licitar pelo menor preço ou maior desconto nessas hipóteses, haveria um temperamento do dispositivo, tendo em vista o que estabelece o art. 36 da Lei 14.133/2021: “*Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta. § 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de: I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;*” (grifos do original). Numa primeira análise, o Ministro Zymler julgou que “*a regra do art. 36, § 1º, seja uma regra geral, e a do art. 37, § 2º, uma regra específica, devendo prevalecer esta última para os objetos listados no art. 6º, inciso XVIII, em suas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’, sobre a primeira, em clássica técnica interpretativa*”. E, pedindo vêrias, afirmou: “*mais que uma flexibilização hermenêutica, a tese esposada pelo eminentíssimo relator estabelece o inverso: que tal uso da melhor técnica (ou técnica e preço) somente ocorreria excepcionalmente, não apenas adotando uma lógica mais descolada para a gramática legal, mas invertendo o seu comando. Na prática, os serviços de engenharia consultiva listados nas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’ do art. 6º, inciso XVIII, da NLLC só seriam, em exceção, julgados por melhor técnica ou técnica e preço*”. E arrematou que deveria haver algum limite para temperar um comando tão claro e assertivo, considerando que o processo legislativo deixou pouco espaço para uma interpretação diferente da intenção original da lei. Nesse ponto, lembrou que o art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021 fora vetado pelo Presidente da República e, resumindo as razões do veto, afirmou que o chefe do Poder Executivo desejava “*que, discricionariamente, o gestor pudesse motivar, ainda que em contratações de projeto, fiscalização e ensaios técnicos (altamente especializados), o critério de julgamento que entendesse mais adequado. Existiriam casos em que a complexidade do objeto – nada obstante o seu valor – não compensaria a licitação por técnica e preço*”. Tal visão, entretanto, não prevalecera no Congresso Nacional, pois o veto fora derrubado e a lei promulgada, reincluindo o dispositivo no texto da NLLC. Assim, entendeu o Ministro Zymler que a margem de interpretação disponível para o juiz, dentro desse contexto, é bastante restrita, devido à clara intenção expressa pelo Congresso Nacional, e caso “*prevalecesse a visão extensiva (ou permissiva) do uso relativo da técnica, nem sequer o art. 37, § 2º, precisaria existir. Seria, em algum termo, uma letra morta na lei ou com dispositivo com eficácia praticamente nula. Bastaria justificar, em qualquer caso, se a técnica merece ser tratada. Fato é que, ao testemunhar tal trâmite, o legislador – afirmativamente, em derrubada de veto – entendeu que os serviços técnicos especializados previstos nas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’ do inciso XVIII do art. 6º possuem, em regra e presumidamente, complexidade tal que exija a aferição da técnica, com discricionariedade restrita ao administrador público nesses casos*”. A lógica do entendimento do Congresso Nacional, na visão do Ministro Zymler, fora que, para os serviços abarcados pelo art. 37, § 2º, da NLLC “*(eminentemente os de engenharia), quanto maior o seu valor, maior seria também a sua complexidade e o desafio intelectual necessário para adimpli-lo. Essa indução é*



intuitivamente correta. Projetos e obras de supervisão pequenos (em áreas menores, com obras de porte e valor menor) podem ser licitados por menor preço, porque os produtos apresentados tendem a ser semelhantes. À medida em que o porte (e obviamente o valor do empreendimento; e do seu projeto e fiscalização) cresce, é muito natural que se elevem, igualmente, as demandas de capacidade da contratada, para além de um mínimo habilitatório". Voltando a atenção para o caso concreto, o Ministro observou que o total do empreendimento atingira um valor aproximado de R\$ 40 milhões e que, embora as normas técnicas sejam praticamente as mesmas de um projeto de obra menor, o esforço e a expertise necessários para integrar as diversas disciplinas de um projeto de tal magnitude, assim como a complexidade de cada subsistema, tornaria vantajoso valorizar, no mínimo, a experiência e a equipe técnica da empresa contratada, razão por que a licitação questionada "trata-se, sim, de serviço eminentemente intelectual, apto a obedecer ao comando expresso no art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021". Trazendo o raciocínio para o contexto de licitações para projetos de obras civis na Administração Pública, quando julgadas com o critério de menor preço, o Ministro Zymler argumentou que um desafio comum enfrentado pelos gestores seria a apresentação de propostas com descontos significativos, que frequentemente ultrapassam o limite da inexequibilidade presumida. Em licitações de projetos de obras civis, "como a projetista pode, simplesmente, alegar a decisão pela redução de seus honorários e no mundo real faz-se desafiador desclassificar projetistas 'temerárias', por preço muito baixo. Caso se pontuassem experiências anteriores – ou seja, com mais pontos conferidos quanto mais certidões apresentadas, dando conta da feitura de serviços semelhantes (vide inciso I do art. 37 da Lei 14.133/2021) –, empresas aventureiras, ao menos em tese, teriam maior dificuldade. Embora isso não seja um remédio absoluto, para projetos maiores, com maior risco de preços irresponsavelmente baixos, o prestígio da técnica, bonificando numerosas experiências, parece condizer com o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa" (grifos do original). Dito isso, o Ministro concluiu que "Inexiste, nesse teor, uma interpretação desarrazoada ou que leve a contratações inefficientes e antieconômicas". Por fim, ele considerou desnecessária a discussão sobre a consideração de os serviços técnicos especializados listados no inciso XVIII do *caput* do art. 6º da Lei 14.133/2021 poderem ou não ser considerados de "natureza predominantemente intelectual". Para fundamentar a sua afirmação, transcreveu o art. 36, § 1º, da Lei 14.133/2021, que especificou os objetos que podem ser licitados pelo critério de técnica e preço: "Art. 36. [...] § 1º O critério de julgamento de que trata o *caput* [técnica e preço] deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de: I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado; II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação; III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação; IV - obras e serviços especiais de engenharia; V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação" (grifos do original). Assim, na ótica do Ministro, a lei, como regra geral, estabelece "uma preferência para o uso da técnica e preço para serviços técnicos especializados de natureza eminentemente intelectual, mas não uma compulsoriadade". E, mesmo para projetos, fiscalizações e ensaios técnicos – ainda que "de natureza intelectual" –, seria possível, com base no art. 36, § 1º, da Lei 14.133/2021, realizar a licitação pelo menor preço (ou maior desconto) "se demonstrado que a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital não forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração". Portanto, não seria "necessário classificá-los como 'não intelectuais' para viabilizar o uso do critério de julgamento pelo menor preço (à exceção da lista destacada no art. 37, § 2º, em clara exceção à regra geral)". Após afirmar que a jurisprudência do TCU, ainda pautada na Lei 8.666/1993, já se debruçara sobre o assunto nesse mesmo sentido, transcrevendo a ementa do [Acórdão 601/2011-Plenário](#) para reforçar o seu posicionamento, o Ministro Zymler concluiu que "excepcionar da tarja de 'intelectual' o rol de serviços listados no art. 6º, XVIII, da Lei 14.133/2021 só serviria para não seguir a gramática expressa no art. 37, § 2º da mesma lei, o que, pelos motivos que perfilhei, não entendo adequado". Retomando a atenção para o desfecho do caso concreto, o Ministro pontuou que, sendo impositivo o texto do art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, caberia considerar a nulidade do processo, contudo, avaliando que se tratava de ajustes nos entendimentos



jurisprudenciais sobre o tema e reconhecendo um novo espaço interpretativo, julgou essencial aplicar ao caso o disposto nos arts. 23 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb), ponderando: “*Se, mesmo no âmbito desta Corte, o assunto rende posições opostas, o que dirá o administrador público. A anulação do certame, assim, talvez mais gere benefícios para o particular que propriamente para a Administração, no atraso de mais meses necessários à correção do edital, sua republicação (via técnica e preço) e novo procedimento licitatório*”. Assim, defendeu a permissão para a continuidade do certame, dando ciência à UFRPE a fim de evitar o erro em futuras licitações. Em voto complementar, o relator aderiu ao encaminhamento do ministro Zymler. Todavia, fez ponderações a respeito, externando preocupações com a possibilidade de uso indiscriminado do critério de julgamento do tipo “técnica e preço”, especialmente para serviços que não possuem predominância intelectual, o que poderia levar a contratações mais caras sem melhorias efetivas, além de facilitar o direcionamento de contratações por meio de critérios técnicos desproporcionais. Outrossim, de acordo com o relator, a maior subjetividade da análise técnica poderia aumentar o risco de contestações e impugnações, prejudicando a celeridade dos processos. Ele sugeriu que a qualidade dos serviços poderia ser melhorada com requisitos mínimos obrigatórios e exigências robustas de qualificação técnica, citando experiências passadas com contratações de tecnologia da informação como exemplo de que o uso do critério “técnica e preço” nem sempre resulta em propostas adequadas. O relator concluiu que o tempo e auditorias futuras poderão confirmar ou refutar suas previsões, mas, por concordar que “*a intenção do legislador foi mesmo de tornar o tipo ‘técnica e preço’ a regra geral para a contratação dos serviços das alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’ do inciso XVIII do caput art. 6º da Lei 14.133/2021 com valores superiores a R\$ 300 mil*”, acompanhou a proposta do Ministro Zymler. Ao final, o colegiado decidiu considerar parcialmente procedente a denúncia, revogar a medida cautelar referendada pelo [Acórdão 1.217/2024-Plenário](#), de modo a permitir a continuidade da Concorrência 1/2023, e dar ciência à UFRPE de que “*a não utilização do critério de julgamento do tipo ‘técnica e preço’ no edital de Concorrência 1/2023 atentou contra o art. 37, § 2º, da Lei 14.133/2021, por ultrapassar o limite de R\$ 300,000,00 relativo à estimativa do valor da contratação para serviços técnicos especializados de natureza eminentemente intelectual estabelecido no nominado dispositivo (atualizado para R\$ 343.249,93, mediante o Decreto 11.317/2022 e, posteriormente, para R\$ 359.436,08, pelo Decreto 11.781/2023)*”.

Acórdão 2381/2024 Plenário, Denúncia, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br