



Número 494

Sessões: 22, 23, 29 e 30 de outubro 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. A Lei 14.133/2021 não obriga a inclusão do estudo técnico preliminar (ETP) como anexo do instrumento convocatório, mas, caso o órgão promotor do certame considere que a divulgação do ETP melhor embase os licitantes para sua participação no processo, não há óbice quanto à sua publicação, desde que os riscos de informações conflitantes com o termo de referência (TR) sejam mitigados previamente.
2. Em contratação de obras, a exigência de BDI reduzido para itens de fornecimento de materiais e equipamentos é aplicável apenas nas situações em que as seguintes premissas estabelecidas na Súmula TCU 253 estejam atendidas simultaneamente: (i) tais itens não tenham sido parcelados de forma justificada, por inviabilidade técnico-econômica; (ii) possuam natureza específica, geralmente fornecidos por empresas especializadas; e (iii) possuam percentual significativo, definido no caso concreto, em relação ao preço global da obra.

PLENÁRIO

1. A Lei 14.133/2021 não obriga a inclusão do estudo técnico preliminar (ETP) como anexo do instrumento convocatório, mas, caso o órgão promotor do certame considere que a divulgação do ETP melhor embase os licitantes para sua participação no processo, não há óbice quanto à sua publicação, desde que os riscos de informações conflitantes com o termo de referência (TR) sejam mitigados previamente.

Representação formulada ao TCU suscitou possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 39/2023, promovido pela Comissão Nacional de Energia Nuclear/Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares (CNEN/Ipen), sob a regência da Lei 14.133/2021, com vistas à contratação de “*serviços de Instalação de Sistema de Proteção contra Descargas Atmosféricas (SPDA) no Centro do Reator de Pesquisas do Ipen (CERPq) e Bloco A*”. A representante alegou, em síntese, que teria sido indevidamente inabilitada no certame pelo suposto não atendimento a algumas exigências de qualificação técnica constantes do Termo de Referência (TR). A despeito de concluir que, de fato, a inabilitação fora indevida, pelas razões que apontou em sua instrução, a unidade técnica propôs apenas cientificar a CNEN/Ipen acerca das irregularidades constatadas no Pregão Eletrônico 39/2023, tendo em vista a “*irrisória diferença de valor (R\$ 1.000,00)*” entre a proposta da autora da representação e a da empresa que fora contratada pela entidade. Em seu voto, nada obstante acolher, com ajustes de redação, as propostas de encaminhamento formuladas pela unidade instrutiva, o relator entendeu por bem tratar de um “*relevante aspecto*” que observou no certame em análise e que, segundo ele, não fora abordado pela representante e pela unidade técnica. Tratava-se da inclusão do estudo técnico preliminar (ETP) como anexo do edital de licitação, assunto que deveria ser “*revisitado por esta Corte de Contas*”. Afirmou não desconhecer a existência de precedentes do TCU em que se concluiu pela obrigatoriedade de inclusão do ETP como anexo do instrumento convocatório, citando, nesse sentido, o [Acórdão 1463/2024-TCU-Plenário](#), em que fora dada ciência ao órgão jurisdicionado da seguinte impropriedade: “*9.5.1. falta de publicação, junto com o edital da licitação, dos Estudos Técnicos Preliminares, em afronta aos princípios da publicidade e da transparência, ao Anexo V, item 2.2, alínea “a”, da IN Seges/MPDG nº 5/2017 e aos Acórdãos 488/2019-TCU-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes, e 1.414/2023-TCU-Plenário, Relator Ministro Jorge Oliveira;*”. Assinalou, no entanto, não verificar na Lei 14.133/2021



“nenhum dispositivo que estabeleça que o estudo técnico preliminar deve ser um anexo do edital de licitação. Ao contrário, a regulamentação federal procedida pela Instrução Normativa Seges 58/2022 prevê, em seu art. 13, a possibilidade de classificar o documento como sigiloso, nos termos da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).”. Além disso, haveria dispositivo na Lei 14.133/2021 estabelecendo a divulgação do ETP no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) somente após a homologação do certame, nos seguintes termos: “Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). [...] § 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.” (grifos do relator). Na sequência, deixou assente que a divulgação do ETP como anexo do edital, embora não seja expressamente vedada, “faz surgir algumas preocupações tais como: a) o elevado risco de informações conflitantes entre o ETP e o projeto básico ou termo de referência, já que estes artefatos de planejamento podem alterar as soluções/especificações que foram preliminarmente delineadas no ETP ou, ainda, complementar/detalhar tais soluções e alternativas; b) a inadequação de que critérios de julgamento e habilitação acabem constando apenas do ETP, quando deveriam constar do edital e/ou do termo de referência, como observado nestes autos, induzindo os licitantes à apresentação de propostas com documentação incompleta; c) a necessidade de revisar e compatibilizar o ETP após a elaboração do termo de referência e/ou projeto básico no caso de estes artefatos de planejamento modificarem alguma disposição do estudo técnico preliminar, gerando um retrabalho desnecessário; d) o aumento potencial de pedidos de impugnação ou esclarecimento de dúvidas baseados em informações que estão contidas no ETP; e e) a grande quantidade de informações existentes no ETP que não são de interesse dos potenciais concorrentes, aumentando desnecessariamente o volume de documentos e dados a serem analisados pelos licitantes, aumentando, por conseguinte, os custos de transação com o setor público.”. Outrossim, ressaltou que o “último aspecto relacionado acima” mereceria ser mais bem explicitado com base nos treze tópicos que constam do art. 18, § 1º, da Lei 14.133/2021 (grifos do relator): “§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III - requisitos da contratação; IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.”. Para ele, em princípio, a caracterização da necessidade da contratação (art. 18, § 1º, inciso I) não seria uma informação que interessasse ao particular, tampouco a informação da previsão do objeto licitado no plano de contratações anual (inciso II). O mesmo raciocínio poderia, segundo ele, ser aplicado quanto aos incisos XI (contratações correlatas e/ou interdependentes), X (providências internas da administração) e IX (demonstrativo de resultados pretendidos). No caso do inciso V (análise das alternativas possíveis), considerou patente o risco de conflitos entre o ETP e o TR, “pois este apresentará apenas uma solução, ao passo que o primeiro analisará



várias soluções e alternativas para o atendimento ao interesse público, que estarão em evidente contradição com o objeto delineado no TR”. Acrescentou, ainda, que mesmo os incisos IV, VI e VII, que em tese já se referem à alternativa escolhida no ETP, poderiam apresentar divergências em relação ao que constará no TR, em função de mudanças supervenientes e de ulterior detalhamento das soluções e refinamento do orçamento estimativo. Nesse ponto, frisou que o orçamento estimativo do ETP é preliminar e serve para definir a melhor alternativa em termos de custo-benefício, ao passo que o orçamento estimativo da contratação, a que se refere o art. 23 da Lei 14.133/2021, detalha o valor estimado da solução escolhida no ETP. “*Dito de outra forma*”, a estimativa de valor da contratação realizada no ETP visa a levantar o eventual gasto com a solução escolhida de modo a avaliar a viabilidade econômica da opção. Tal estimativa, continuou ele, não se confunde com os procedimentos e parâmetros de uma pesquisa de preço para fins de verificação da conformidade/aceitabilidade da proposta. Com o intuito de demonstrar as diferenças nas estimativas do valor da contratação realizadas nas etapas do ETP e do TR, citou o enunciado 3 do Instituto Nacional da Contratação Pública: “*A estimativa do valor da contratação constante do Estudo Técnico Preliminar, que está relacionada à escolha da solução do que a definição de um preço de referência, não precisa seguir estritamente todas as regras definidas pelo artigo 23 da Lei nº 14.133/2021, permitindo a opção por aferições mais simples, quando cabível.*”. Julgou também oportuno transcrever o enunciado 17, aprovado no 1º Simpósio de Licitações e Contratos da Justiça Federal (grifos do relator): “*A estimativa do valor da contratação realizada por meio dos Estudos Técnicos Preliminares, de que trata o art. 18, § 1º, inciso VI, será, via de regra, uma análise inicial dos preços praticados no mercado por servir unicamente à análise da autoridade competente quanto à viabilidade econômica da contratação. De forma diferente, há uma estimativa do valor da contratação realizada pelo setor competente do órgão, conforme o art. 6º, inciso XXIII, ‘i’, que servirá como base à análise da aceitabilidade das propostas na fase externa do processo licitatório e, por isso, utilizará os parâmetros do art. 23 e seus parágrafos, combinados, sempre que possível, em uma “cesta de preços”, priorizando os preços públicos, salvo quando, de acordo com o Manual de Atribuições e Regulamento Interno do órgão, a obrigação recair para o mesmo setor que estiver elaborando os Estudos Técnicos Preliminares.*”. O relator reputou importante fazer todas essas observações justamente para evidenciar sua preocupação de que “*dois anexos distintos do instrumento convocatório (ETP e TR) possam conter informações discordantes sobre o orçamento estimado, um dos principais parâmetros a serem observados pelos licitantes na formulação de suas propostas*”. Com base nesses argumentos, entendeu que o TCU deveria cientificar o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos e a Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos (CNLCA/AGU/CGU) de que a Lei 14.133/2021 não obriga a inclusão do ETP como um anexo do instrumento convocatório, “*pois podem ser necessárias adaptações no Sistema de Compras do Governo Federal e nas minutas padronizadas de termos de referência produzidas pela Advocacia-Geral da União, que fazem remissão diversas vezes aos elementos constantes do ETP*”. Registrou, ademais, que sua assessoria apurara que a publicação do ETP no PNCP só é possível de ser operacionalizada no momento em que o instrumento convocatório é divulgado no referido portal, o que, para ele, “*acaba indo contra o dispositivo que prevê a publicação dos documentos produzidos na etapa preparatória somente após a homologação do certame (art. 54, § 3º)*”. E arrematou: “*Portanto, o Estudo Técnico Preliminar (ETP) constitui-se como o instrumento primordial utilizado pela Administração Pública para orientar de maneira fundamentada a aquisição de bens, a contratação de serviços e a execução de obras. É por meio deste documento que se logra aferir a viabilidade ou inviabilidade da contratação ou aquisição almejada. [...] o ETP configura o documento inicial do planejamento de uma contratação, no qual se identifica determinada necessidade e se descrevem as análises realizadas em relação aos requisitos exigidos, às alternativas consideradas, às escolhas efetuadas e aos resultados pretendidos, bem como outras características pertinentes. Este estudo serve de alicerce para a elaboração do anteprojeto, do termo de referência ou do projeto básico, desde que se conclua pela viabilidade da contratação.*”. Por derradeiro, enfatizou que a publicação do ETP em conjunto com o instrumento convocatório não é obrigatória, mas, “*caso a equipe de planejamento de contratação do órgão promotor do certame considere que a divulgação do ETP melhor embase os licitantes para sua participação no processo*”, ele não veria nenhum óbice quanto à sua publicação, desde que os riscos de informações conflitantes com o TR fossem mitigados previamente. Concluiu não subsistir ilegalidade na publicação do ETP, a não ser que tal documento “*possua informações protegidas pelo sigilo ou sensíveis, que não devam ser disponibilizadas ao mercado*”. Destarte, a decisão pela publicação ou não do ETP deveria ficar a cargo do órgão licitante, de acordo com as características do objeto a ser licitado e respeitando as particularidades de cada caso concreto. Anuindo à proposição do relator, o Plenário decidiu, entre



outras providências, cientificar o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos e a Câmara Nacional de Licitações e Contratos Administrativos (CNLCA/AGU/CGU) de que “a Lei 14.133/2021 não obriga a inclusão do ETP como um anexo do instrumento convocatório”.

Acórdão 2273/2024 Plenário, Representação, Relator Ministro Benjamin Zymler.

2. Em contratação de obras, a exigência de BDI reduzido para itens de fornecimento de materiais e equipamentos é aplicável apenas nas situações em que as seguintes premissas estabelecidas na Súmula TCU 253 estejam atendidas simultaneamente: (i) tais itens não tenham sido parcelados de forma justificada, por inviabilidade técnico-econômica; (ii) possuam natureza específica, geralmente fornecidos por empresas especializadas; e (iii) possuam percentual significativo, definido no caso concreto, em relação ao preço global da obra.

No âmbito do Ministério da Educação, foi instaurada tomada de contas especial (TCE) em cumprimento ao subitem 9.3 do [Acórdão 1802/2019-Plenário](#), para a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação de prejuízo ao erário relacionado a irregularidades constatadas pelo TCU na execução do Convênio 66/2008, que tinha por objeto o “apoio financeiro à Universidade do Estado de Minas Gerais para expansão do Campus de Frutal”. Mais especificamente, foram apontados indícios de superfaturamento por sobrepreço nos Contratos 107/2009 e 52/2011, celebrados no âmbito do Convênio 66/2008, cujos objetos eram, respectivamente, a “Expansão do Bloco B, com a construção de 30 salas de aula e demais dependências no complexo da UEMG” e a “Construção da biblioteca, laboratório / EAD, alojamento de pesquisadores (casa de hóspedes) e alojamentos 1A, 1B, 1C, 1D, 2A, 2B e 2C do complexo UEMG”. No que se refere ao sobrepreço calculado pelo tomador de contas, a quantificação do prejuízo tomou por base os preços referenciais da época da contratação da obra, bem como os “BDI máximos permitidos no [Acórdão 2.622/2013-TCU-Plenário](#), respectivamente 35,76% e 22,07% para fornecimento de equipamentos e materiais”. Tal critério teve como respaldo as análises do TCU no bojo do mencionado Acórdão 1802/2019-Plenário, ocasião em que se determinara a instauração da TCE. Ainda de acordo com os pareceres produzidos na fase interna, “diante do método adotado, foram identificados indícios de superfaturamento por preços excessivos, superestimativa de BDI frente ao mercado” nos Contratos 107/2009 e 52/2011, sendo identificados, para serviços e equipamentos, respectivamente, o BDI de 47,03% e 37% no primeiro, e de 44,72% e 37,05% no segundo. A partir da metodologia aplicada – que, essencialmente, considerou como régua de valores de mercado as previsões das tabelas do [Sinapi](#), da [Setop](#) (Secretaria de Infraestrutura/MG) e, na inexistência de balizamentos segundo essas premissas, a utilização da própria proposta comercial da contratada –, o órgão apontou superfaturamento por sobrepreço em ambos os contratos, sendo observados preços excessivos frente ao mercado tanto nas planilhas orçamentárias iniciais quanto nos aditivos de valor. Ainda em seu relatório, o tomador de contas concluiu que o prejuízo importaria a responsabilidade das respectivas empresas contratadas. No âmbito do TCU, a unidade técnica analisou as alegações de defesa apresentadas em resposta às citações promovidas. Alguns argumentos foram acolhidos, relativamente a especificidades de parte dos serviços contratados, que não se encontravam imediatamente comparáveis com os paradigmas utilizados, o que levou a uma redução do prejuízo inicialmente apurado, em face da necessária adaptação das referências então empregadas. Para o cálculo do BDI referencial, considerou-se o valor de 35,76%, salvo para os itens de mero fornecimento de materiais e equipamentos, nos quais se utilizaram 22,07%. Quanto a esta última referência, o relator divergiu, em despacho, do uso generalizado de tal percentual, o que, a seu ver, poderia gerar imputação de débito superior ao devido. Ele ressaltou, na oportunidade, que a aplicação do BDI reduzido para materiais e equipamentos provém da própria jurisprudência do TCU, devidamente sumulada: “[Súmula 253/2010](#): Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas – BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.” (grifos do relator). Segundo ele, o texto consolida posicionamento do Tribunal em diversos julgados, de sorte a procurar evitar ganho desproporcional das contratadas a partir da aplicação do BDI total sobre materiais e equipamentos, quando as empreiteiras agem como meras intermediárias na aquisição desses insumos; todavia, somente nas hipóteses em que esses itens compõem parcela relevante dos orçamentos e podem – haja vista a sua natureza específica – ser adquiridos diretamente pela Administração, mas que, por razões



devidamente justificadas, “*opta-se pelo não parcelamento*”. Seriam, então, os casos típicos de materiais betuminosos em obras rodoviárias, tubos em obras de saneamento, elevadores e aparelhos de ar-condicionado em obras civis, entre outras situações. Para ele, “*o raciocínio é que a administração central, o lucro, o risco, os tributos (ISS), entre outras parcelas componentes do BDI, em valores absolutos (em reais), não são, na prática, superiores em face da mera aquisição desses materiais e equipamentos*”. Existiriam, contudo, consoante o relator, premissas estabelecidas no próprio texto da Súmula TCU 253: “*Faz-se necessário que tais materiais e equipamentos: não tenham sido parcelados, de forma justificada. Caso não se possa sequer aventar a aquisição parcelada, não se trata de item ‘candidato’ ao BDI reduzido (como cimento, por exemplo); natureza específica, geralmente fornecido por empresas especializadas; e possuam percentual significativo no preço global da obra*”. Sobre este último requisito (materialidade com relação ao valor global da empreitada), o relator apresentou discordância em relação aos critérios utilizados no cálculo do débito. Ao avaliar as planilhas de cálculo constantes dos autos, ele percebeu que fora aplicada taxa de BDI referencial indiscriminadamente para quaisquer materiais e equipamentos, independentemente do seu valor na obra. Foram os casos, por exemplo, no Contrato 107/2009, da “*subestação aérea*” (1% do valor do contrato), “*divisória neocom*” (0,72%), “*luminária metálica*” (0,71%) e “*cobertura em chapa de policarbonato*” (0,49%). No Contrato 52/2011, o relator verificou, em caráter não exaustivo, os itens “*catraca para controle de acesso e aço carbono*” (1,24%) e “*elevador industrial*” (0,84%). Destacou, ainda, que, embora a jurisprudência do TCU não faça alusão, exatamente, ao que seria um “percentual significativo” para classificação de uma “materialidade relevante”, seria possível, nos autos sob exame, “*se utilizar como baliza razoável o percentual de 2%*”. Dito de outra forma: *em obediência ao conteúdo da Súmula 253, só se deve utilizar um BDI diferenciado para equipamentos e materiais que, isoladamente, representem, pelo menos, 2% do valor global contratado*. Especificamente no Contrato 107/2009, em que fora aplicado BDI reduzido para os serviços “*ISE 02.18, 02.19 e 02.20*”, referentes a mobilização, fabricação e montagem de peças pré-moldadas para a estrutura, o relator entendeu, em primeira análise, que não se tratava de item de mero fornecimento de materiais, isso porque, na própria descrição do serviço, existiria a menção de confecção “*no próprio canteiro de obras*”. Tratava-se, segundo ele, dos principais itens da curva ABC da obra, e o cômputo de despesas indiretas inferior poderia acarretar, de maneira injusta, a imputação de prejuízo superior ao devido. Diante disso, determinou o recálculo do valor do dano ao erário levando em conta a necessidade de reavaliar o valor “justo” de mercado, desconsiderando a aplicação do BDI reduzido como referência de preço de mercado em diversos itens. Após o cumprimento, pela unidade instrutiva, da sua determinação, o relator constatou que, com relação ao Contrato 107/2009, o novo cálculo alcançara modificação em 67 itens, implicando redução do débito, tanto em relação ao contrato inicial quanto aos termos aditivos. Acerca do Contrato 52/2011, afirmou não ter havido alteração do débito imputado, pois o sobrepreço “*não decorre da diferença dos valores de BDI utilizados, mas das diferenças entre os custos contratados e os referenciais*”. Assim sendo, o relator propôs, e o Plenário decidiu, entre outras providências, julgar irregulares as contas das empresas contratadas, condenando-as ao pagamento das importâncias especificadas aos cofres do Tesouro Nacional, atualizadas monetariamente e acrescidas dos juros de mora, calculados a partir das datas discriminadas até a data da efetiva quitação do débito.

Acórdão 2340/2024 Plenário, Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Benjamin Zymler.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br