



Número 438

Sessões: 31 de maio; 1º, 7 e 8 de junho de 2022

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. Nas licitações realizadas por estados e regidas pela Lei 8.666/1993, em que haja participação de recursos da União, é irregular a inclusão no edital de regras que, embora baseadas na legislação estadual, contrariem aquela lei, a exemplo de critério de julgamento por maior desconto e de inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas, por afronta aos arts. 1º, caput e parágrafo único, e 118 da Lei 8.666/1993.

PLENÁRIO

1. Nas licitações realizadas por estados e regidas pela Lei 8.666/1993, em que haja participação de recursos da União, é irregular a inclusão no edital de regras que, embora baseadas na legislação estadual, contrariem aquela lei, a exemplo de critério de julgamento por maior desconto e de inversão das fases de habilitação e julgamento de propostas, por afronta aos arts. 1º, caput e parágrafo único, e 118 da Lei 8.666/1993.

Em auditoria realizada nas obras de Extensão da Linha 9 – Esmeralda, da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM), trecho Grajaú/Varginha, no município de São Paulo/SP, objeto da Concorrência 8343160011, tipo menor preço, sob o regime de execução por empreitada integral, foi identificada, entre outros achados, a *“utilização de instrumentos do Regime Diferenciado de Contratações, a exemplo da inversão de fases entre habilitação e apresentação de propostas, bem como uso de critério de julgamento pelo maior desconto, sem que isto estivesse explícito no edital de licitação”*. Chamados em audiência, os responsáveis esclareceram que, no tocante à inversão de fases, o art. 40, incisos VI e VII, da Lei Estadual 13.121/2008 criara a possibilidade da realização de tal procedimento, de modo a trazer eficiência e celeridade às contratações públicas. Afirmaram também que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já havia consolidado entendimento em relação à regular aplicação do aludido diploma estadual e que, em 20/07/2012, no âmbito do STF, sobreveio decisão negando seguimento à Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.116/08, que continha pedido de liminar para suspender temporariamente a eficácia e a aplicabilidade daquela lei estadual. Quanto ao critério de julgamento e classificação das propostas, foi assinalado pelos responsáveis que *“a seleção da proposta aprovou o menor preço total, conforme preâmbulo e subitem 12.1 do edital, que estipulava concorrência do tipo menor preço”*, e que na hipótese de inexistência dessa disposição editalícia, a CPTM estaria sujeita a aceitar propostas cujo preço global estivesse abaixo do orçamento, mas contemplando preços unitários superiores aos patamares alcançados pela pesquisa de preços, de modo que a regra definida no edital visara mitigar o denominado jogo de planilha e, ainda, obter a proposta mais vantajosa à Administração. Também frisaram que a CPTM observara disposições constantes das *“Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas”* do TCU, cujas *“perguntas e respostas números 4 e 5 a respeito da elaboração de custos”* determinavam o desconto linear na apresentação das propostas em que o critério de julgamento fosse o de menor preço global. Por fim, os responsáveis enfatizaram que o certame fora bem sucedido no tocante à sua competitividade, e *“a não indicação explícita de uso do RDC no edital de licitação no que se refere ao regime de execução, visita técnica e eventual uso dos instrumentos do RDC no procedimento licitatório em análise não trouxeram prejuízos”*. Em sua instrução, a unidade técnica



argumentou que a Lei 8.666/1993, em seu art. 118, exige a “*adaptação das normas licitatórias dos estados, do Distrito Federal, e dos municípios, em obediência ao caput e parágrafo único do art. 1º da mesma Lei*”, e que “*adotar outro procedimento seria também uma afronta à legalidade prevista no caput do art. 3º dessa Lei*”. Além disso, a jurisprudência do TCU “*não admite esse procedimento nas licitações com recursos federais*”, consoante a Súmula TCU 222, segundo a qual “*As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”. A corroborar tal assertiva, a unidade técnica invocou o [Acórdão 1223/2013-TCU-Plenário](#), em que restou decidido: “*Ao celebrarem termos de compromisso com órgãos federais, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal abrem mão de parte de sua autonomia e passam a se submeter às normas emanadas da União que disciplinam a gestão dos recursos públicos federais, incluindo normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública.*”. Reforçou que o edital da Concorrência 8343160011 era regido pela Lei 8.666/1993 e, portanto, será indevida a inversão de fases entre habilitação e apresentação de propostas, bem como o uso de critério de julgamento pelo maior desconto, somente permitido para licitação regida pelo RDC. Da mesma forma, a ordem das fases e os critérios de julgamento não poderiam ser alterados pela Lei Estadual 13.121/2008, haja vista o conteúdo do art. 118 da Lei 8.666/1993. Nada obstante, considerando que foram apresentadas cinco propostas, tendo a vencedora oferecido desconto de 40,12% em relação ao orçamento estimativo, à evidência de que não se verificara restrição à competitividade nem prejuízo ao erário, propôs a unidade técnica tão somente dar ciência à CPTM acerca das falhas constatadas. Em seu voto, o relator concordou que, de fato, as fases e os critérios de julgamento não poderiam ser alterados pela Lei Estadual 13.121/2008, porquanto o art. 118 da Lei 8.666/1993 “*exige adaptação das normas licitatórias estaduais ao texto da Lei*”. Mesmo se manifestando pela não aceitação das justificativas oferecidas pelos responsáveis, justamente em razão do teor de dispositivo em contrário expresso em lei de âmbito nacional, o relator concluiu que eles não deveriam ser multados, pois mesmo seguindo indevidamente lei estadual, não foram observados prejuízos ao certame ou aos cofres públicos. Bastaria então, na esteira do que sustentou a unidade instrutiva, cientificar o órgão promotor do certame, de forma a evitar ocorrências semelhantes. Assim sendo, nos termos propostos pelo relator, o Plenário decidiu acolher as razões de justificativa apresentadas pelos responsáveis, sem prejuízo de dar ciência à CPTM que “*o edital de licitação cujos recursos tenham participação federal não pode conter dispositivos baseados na legislação estadual que contrariem a Lei 8.666/1993, a exemplo de critério de julgamento de propostas por maior desconto e de inversão de fases entre habilitação e abertura das propostas, por afrontar o caput e o parágrafo único do art. 1º, e o caput do art. 118, da Lei 8.666/1993, confirmados por jurisprudência do TCU (Súmula TCU 222 e [Acórdão 1.223/2013-TCU-Plenário](#))*”.

Acórdão 1246/2022 Plenário, Auditoria, Relator Ministro Aroldo Cedraz.

Elaboração: Diretoria de Jurisprudência - Secretaria das Sessões

Contato: jurisprudenciafaleconosco@tcu.gov.br

