

**ZÊNITE FÁCIL**

Fique informado e participe dos debates sobre contratação pública. Siga a Zênite nas redes sociais:

 <http://www.zenite.blog.br>  [@zenitenews](#)  [/zeniteinformacao](#)  [/zeniteinformacao](#)
 [/zeniteinformacao](#)

PARÂMETRO DE AVALIAÇÃO DA EXEQUIBILIDADE EM LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA: CRITÉRIO RELATIVO OU ABSOLUTO?

Data Julho de 2024

Autores Rafael Costa Santos, Mateus A. da Silva Leal.

PARÂMETRO DE AVALIAÇÃO DA EXEQUIBILIDADE EM LICITAÇÕES DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA: CRITÉRIO RELATIVO OU ABSOLUTO?

RAFAEL COSTA SANTOS

Professor e palestrante. Procurador do Estado do Paraná. Autor do livro “Convênios Administrativos: A boa-fé entre os entes públicos” pela Editora Fórum. rafaelcostasant@gmail.com.

MATEUS A. DA SILVA LEAL

Bacharel em Direito. Residente Jurídico da Procuradoria do Estado do Paraná, na Procuradoria Consultiva de Obras e Serviços de Engenharia. mateusartur.leal@gmail.com.

A promulgação da Lei 14.133/21 trouxe significativas mudanças no panorama das licitações públicas no Brasil. Entre as várias áreas impactadas, destaca-se a questão da inexequibilidade das propostas. Esse tema tem sido objeto de debate e controvérsia há muito tempo no âmbito das contratações públicas. A inexequibilidade de uma proposta surge quando seus valores são excessivamente baixos, o que compromete a qualidade e a viabilidade da aquisição, obra ou serviço contratado. A incerteza reside nos parâmetros adequados a serem utilizados para determinar se uma proposta é ou não inexequível, especialmente em licitações para obras e serviços de engenharia.

Este artigo se propõe a analisar essas mudanças específicas e a indagação central que permeia esse contexto: a interpretação de que a inexequibilidade das propostas em licitações de obras e serviços de engenharia era relativa, no âmbito da Lei 8.666/93, persiste diante da nova Lei?

Na Lei 8.666/93 - art. 48, § 1º - embora houvesse a intenção de estabelecer parâmetros para aferir a exequibilidade das propostas em licitações voltadas à aquisição de bens e serviços que não são de engenharia, não foram definidos critérios objetivos para determinar valores mínimos de exequibilidade. Em contrapartida, para as licitações cujo objeto eram obras e serviços de engenharia, foram estabelecidos critérios percentuais claros e objetivos.

Conforme o disposto no art. 48, §1º, supra referido, a antiga Lei previa 2 métodos para determinar o parâmetro de exequibilidade em obras e serviços de engenharia. De acordo com a alínea “a”, utilizava-se a média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor inicialmente orçado pela Administração. Já conforme a alínea “b”, adotava-se como parâmetro o próprio valor do orçamento. Sobre ambos os valores se aplicava um percentual de 70%, e o menor valor resultante servia como referência. Este valor seria, portanto, o paradigma utilizado pela Administração para aferir quais propostas seriam inexequíveis, excluindo do certame aquelas que ficassem aquém do valor resultante, conforme disposto no *caput*.

Acerca dos parâmetros adotados na legislação anterior, é relevante destacar as considerações de Marçal Justen Filho, que apontava problema crucial na relatividade da base de cálculo e na conjugação de variáveis. Ele observava que 2 propostas idênticas poderiam receber tratamentos opostos em diferentes licitações devido a variações circunstanciais. Além disso, a disciplina tornava a questão da exequibilidade dependente de fatores incontrolláveis e aleatórios, transformando o conceito de inexequibilidade de uma análise econômica real para uma presunção baseada em padrões aritméticos. O foco deixava de ser a viabilidade concreta das propostas e passava a ser a mera aplicação de fórmulas matemáticas.¹

Nesse sentido, existem críticas pertinentes ao uso de valores fixos para calcular a inexequibilidade, pois não consideram as variações presentes em diferentes tipos de projetos, como reformas, construções, ou obras de infraestrutura. Essas variações envolvem margens de lucro e risco distintas, tornando inadequado impor um percentual uniforme a todos os casos.²

No contexto da Lei 8.666/93, quando os valores das propostas ficavam abaixo dos parâmetros legais estabelecidos no art. 48, §1º, era necessário abrir diligências para que o licitante tivesse a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua proposta. A Súmula nº 262 do TCU reforça esse entendimento: “O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas 'a' e 'b', da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.”

Marçal Justen Filho também contribuiu com esse posicionamento:

"Não se afigura defensável, porém, transformar em absoluta a presunção do §1º. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto."³

Ainda sobre o regramento pertinente à exequibilidade das obras e serviços de engenharia, constava no § 2º da Lei 8.666/93 a previsão da prestação de garantia adicional, que era exigida caso o valor global da proposta vencedora fosse superior a 70% e inferior a 80% do menor valor entre os definidos nas alíneas “a” e “b” do §1º. A garantia deveria, portanto, abranger a diferença entre o valor da proposta e 80% do menor valor apurado, conforme o critério do parágrafo §1º. Vale ressaltar que, tal garantia não se confundia com as demais legalmente previstas em casos específicos para a execução do objeto contratado, sendo uma medida cumulativa de maneira a promover uma maior segurança à Administração nos casos de propostas que se aproximassem do índice de inexequibilidade.

A seu turno, a Lei 14.133/21 trouxe importantes alterações em relação aos parâmetros supracitados constantes na lei revogada, vejamos.

Sobre a disciplina legal acerca das aquisições e serviços que não são de engenharia, a nova Lei não trouxe critérios objetivos para aferição de exequibilidade das propostas, repetindo a lógica que vigorava à época da Lei 8.666/93. O TCU já

afirmou que o parâmetro objetivo para determinar a inexecuibilidade das propostas, estipulado no artigo 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 (75% do valor orçado pela Administração), é aplicável exclusivamente a obras e serviços de engenharia. Isso foi destacado no Acórdão 963/2024-Plenário, cujo relator foi Benjamin Zymler.

Já quanto às obras e serviços de engenharia, em comparação com a Lei 8.666/93, a nova Lei 14.133/21 suprimiu o primeiro critério (art. 59 e parágrafos), que previa a utilização da média aritmética das propostas, restando somente a possibilidade de aferição a partir do valor do orçamento estabelecido pela Administração, sobre o qual incidirá o percentual de 75% e, a partir do valor resultante, se terá o valor referencial de exequibilidade.

Importante destacar os critérios constantes no § 3º, o qual determina que para fins de avaliação de exequibilidade e sobrepreço, não se considerará apenas o preço global, mas também a exequibilidade dos preços unitários tidos como relevantes. O legislador, contudo, não estabeleceu parâmetros para definir quais itens da proposta são considerados, ou não, relevantes, sendo necessário que tal definição se dê pelos órgãos da Administração Pública por meio de regulamentações específicas.

Um método que pode se mostrar eficaz para esse fim é a utilização da curva ABC de serviços. Ele consiste em uma avaliação estruturada que tem por objetivo a realização da análise dos insumos, mão de obra, equipamentos, dentre outros, para se estabelecer aqueles que mais custarão para a realização de obra ou prestação de serviços. Estes estarão posicionados no topo da tabela, facilitando seu controle na execução do contrato e evidenciando aqueles que merecerão análise quanto à exequibilidade de seus preços.⁴

Outra alteração importante na nova Lei 14.133/21 é a garantia adicional. Segundo o art. 59, §5º, esta será exigida quando a proposta do licitante vencedor for inferior a 85% do valor orçado pela Administração, diferente dos 80% estabelecidos pela Lei 8.666/93. A garantia cobrirá a diferença entre o valor orçado e o da proposta, além das demais garantias aplicáveis.

Apesar das mudanças no artigo 48 e parágrafos da Lei 8.666/93, que simplificaram o parâmetro adotando um único critério, a essência subjacente permanece a mesma. Isso sugere uma continuidade na interpretação tanto pela doutrina quanto pelos tribunais de contas, mantendo os critérios relativos. Se uma empresa apresentar uma proposta inferior a 75% do valor proposto, o responsável pela contratação deve realizar diligências para avaliar a situação real do participante.

O Acórdão nº 2.198/2023 - Plenário do TCU trouxe uma surpresa em relação à interpretação da Lei 14.133/21, indo de encontro ao entendimento anterior estabelecido na Lei 8.666/93. A recente posição da Corte de Contas afirma que, para propostas abaixo do mínimo estabelecido, "não há necessidade de realizar diligências para verificar a inexecuibilidade, pois o lance abaixo dos 75% já é considerado inexecuível pela própria Lei, exigindo a desclassificação da proposta" (Plenário – Representação, Rel. Min. Antonio Anastasia, 25/10/2023).⁵

A análise da correção do entendimento do Acórdão 2.198/2023, do Plenário do TCU, envolve também a interpretação do inciso III e do § 2º do artigo 59. O primeiro estabelece que propostas inexecuíveis são aquelas que ultrapassam o orçamento estimado para a contratação, sugerindo a necessidade de diligências. O segundo afirma que a Administração pode realizar essas diligências para verificar a exequibilidade das propostas ou exigir que os licitantes a demonstrem, conforme estabelecido no inciso IV do mesmo artigo. Surge, então, a questão de saber se o inciso III e o §2º também abrangem as obras e serviços de engenharia mencionados apenas nos §3º e §4º.

Transcrevemos o artigo para melhor visualização e análise do leitor:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contiverem vícios insanáveis;

II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;

III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

§ 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.

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

§ 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.

Evocando ainda pertinentes considerações tecidas pelo professor e Procurador do Estado do Paraná, Hamilton Bonatto, que tomam como base as diretrizes constantes na Lei Complementar nº 95 de 1998, que estabelece normas para a redação e elaboração das leis federais, tem-se em seu artigo 11 a ênfase na lógica e clareza no processo de confecção das disposições legais. Nesse sentido, verifica-se que os parágrafos têm como função elencar exceções ou complementos às regras gerais do respectivo *caput* dos artigos. Desse modo, o § 4º do art. 59 da Lei 14.133/21 tem por função complementar o disposto no inciso III do *caput*, de acordo com os postulados da técnica legislativa, a fim de estabelecer um *quantum* para a aferição da inexequibilidade das propostas que se refiram a obras e serviços de engenharia.⁶

Em concordância com tal interpretação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo exarou entendimento no sentido de que o §2º do art. 59 não exclui as obras e serviços de engenharia, aplicando-se o disposto também em tais casos, haja vista que independentemente do objeto licitado, a licitação visa selecionar a proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso para a Administração, justificando portanto, a possibilidade de se afastar a presunção inexequibilidade das propostas inferiores a 75% do valor orçado pelo Poder Público.⁷

Embora o Acórdão 2.198/2023 do Plenário do TCU defenda uma abordagem absoluta na avaliação da inexequibilidade em obras e serviços de engenharia, esse parece ser um posicionamento singular, já que manifestações posteriores do TCU, como o Acórdão 803/2024 - Plenário, relatado pelo Min. Benjamin Zymler, e o Acórdão 465/2024 - Plenário, relatado pelo Min. Augusto Sherman, indicam que o critério estabelecido no artigo 59, § 4º, da Lei 14.133/2021, sugere uma presunção relativa de inexequibilidade de preços. Isso exige que, em regra, a Administração conceda à licitante a

oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua proposta, conforme previsto no artigo 59, § 2º, dessa mesma Lei.

A Lei 14.133/21 trouxe uma simplificação na análise da inexequibilidade em obras e serviços de engenharia ao eliminar o parâmetro duplo, estabelecendo que propostas abaixo de 75% do orçamento estimado pela Administração são consideradas inexequíveis. Apesar de um posicionamento isolado do TCU, que aparentemente revertia a presunção da inexequibilidade para uma abordagem absoluta, a Lei permanece indicando um entendimento relativo, como evidenciado por acórdãos em 2024 que ratificaram essa visão. Por outro lado, persiste a utilização de valores arbitrários para aferir a exequibilidade, sem considerar aspectos como o porte, metodologias e contexto econômico do empreendimento em questão.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: atualizados de acordo com a Lei federal nº 12.349/2010. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 761.

² Eduardo Guidi, por exemplo, apresenta o método denominado risco limite e risco assumido, baseado na Teoria dos Custos de Transação, que orienta a implementação de mecanismos de governança e gestão de riscos incorporado à nova Lei de Licitações. Na prática, os riscos relacionados às contratações são diversos e dependem das particularidades do licitante vencedor da licitação. Isso implica custos de transação diferentes, sendo proporcionalmente maiores conforme os riscos aumentam. O esforço empregado pela Administração para a conclusão da obra também é influenciado por esses riscos. Obras mais simples tendem a ter um risco assumido menor, assim como aquelas com menor tempo de execução ou menor intervenção no meio ambiente. Por outro lado, obras mais complexas, com maior duração, maior impacto ambiental e valores financeiros mais altos, geralmente apresentam um risco assumido consideravelmente maior. Portanto, quanto maior o risco atribuído à contratação do licitante, maior será sua pontuação na tabela de avaliação. Isso significa que, mesmo que uma empresa ofereça um valor mais vantajoso e atinja o limite de inexequibilidade estabelecido, ela pode ser preterida em favor de outra empresa que, mesmo com um valor superior, tenha um melhor desempenho em outros critérios e uma pontuação final mais baixa dentro do risco assumido pela Administração. GUIDI, José Eduardo. Engenharia Legal Aplicada ao Labirinto das Obras Públicas. São Paulo: Leud, 2022. p. 217 a 222

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: atualizados de acordo com a Lei federal nº 12.349/2010. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 761

⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Documento de Orientação da Secretaria Adjunta de Supervisão e Suporte - Adsup 3/2012DO – TCU. disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A258F9F3BD0158FA2B7FC96989>. Acesso em 15/01/2024.

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2198/2023 – Plenário – Representação, Relator Ministro Antonio Anastasia, 25/10/2023.

⁶ BONATTO, Hamilton. Análise sobre a exequibilidade das propostas em licitações de obras e serviços de engenharia segundo a Lei nº 14.133/2021 e a Lei Complementar nº 95/1998. Disponível em <https://ronnycharles.com.br/analise-sobre-a-exequibilidade-das-propostas-em-licitacoes-de-obras-e-servicos-de-engenharia-segundo-a-lei-no-14-133-2021-e-a-lei-complementar-no-95->

