

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 005.765/2024-2

Natureza: Representação

Órgão/Entidade: Ministério da Gestão e da Inovação Em Serviços Públicos

Representação legal: não há

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEL DIVERGÊNCIA ENTRE A INSTRUÇÃO NORMATIVA SEGES/MGI 2/2023 E O DISPOSTO NO ART. 59, § 4º, DA LEI 14.133/2021. CRITÉRIO DE INEXEQUIBILIDADE DE PREÇOS. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA. CIENTIFICAÇÃO. PROVIDÊNCIAS INTERNAS. ARQUIVAMENTO.

1. O critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, sendo possível que a Administração conceda à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, do mesmo diploma legal.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução inserta à peça 5, a qual contou com a anuência do corpo diretivo da Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (peças 6 e 7):

“INTRODUÇÃO

1. *Trata-se de expediente, inicialmente autuado como representação e depois alterado para consulta, que relata possível divergência entre a Lei 14.133/2021 e a Instrução Normativa - Seges/MGI 2, de 7 de fevereiro de 2023, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (peça 2).*

2. *A divergência consistiria no tratamento dado à inexecuibilidade das propostas, eis que, segundo o representante, o art. 28 da aludida instrução normativa, ao possibilitar a realização de diligência para aferição da exequibilidade de uma proposta com valor inferior a 75% do valor orçado pela Administração, no caso de obras e serviços de engenharia, estaria contrariando o previsto no art. 59 da Lei 14.133/2021, norma hierarquicamente superior que definiria de forma taxativa o critério de inexecuibilidade, sem possibilidade de prova em sentido contrário (peça 1).*

3. *Ao fim, o autor da inicial requer a tomada de providências para “modificação/correção da referida Instrução Normativa” (peça 2).*

4. *Não foram registradas solicitações adicionais.*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

5. *Embora, conforme o art. 237, III do Regimento Interno, o autor tenha legitimidade para representar ao Tribunal, verifica-se que o expediente inicial tem como objeto a **apreciação em tese** da legalidade da IN - Seges/MGI 2/2023, matéria que não se insere entre as competências do TCU.*

6. *É certo que o Tribunal pode, **no caso concreto**, apreciar a constitucionalidade ou a legalidade de norma, conforme verbete da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal e art. 16, VI, do*

Regimento Interno. Mas não é o que requer o autor da inicial, que busca provocar o Tribunal a exercer o controle prévio e abstrato da legalidade da aludida instrução normativa.

7. *Nesse sentido, a jurisprudência do TCU é no sentido de que não se conhece representação cujo objetivo é fazer o controle abstrato de norma legal. As representações a serem examinadas pelo TCU devem ter por objeto casos concretos (Acórdãos 2.000/2017-TCU-Plenário e 1.955/2007-TCU-Plenário, ambos da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, e Acórdãos 687/2005-TCU-Plenário, relator Ministro Valmir Campelo, e 686/2009, relator Ministro-Substituto André de Carvalho).*

8. *Para que o Tribunal pudesse se debruçar sobre dúvidas em relação a norma em tese, entende-se que o instrumento mais adequado seria a **consulta**, desde que satisfeitos os requisitos de admissibilidade regimentais aplicáveis.*

9. *Por essa razão é que, inicialmente, o presente feito foi autuado como representação, mas, ao ser constatado que, em essência, veicula uma consulta sobre a aplicação de dispositivo legal concernente a matéria de competência do TCU, a sua **natureza foi alterada**.*

10. *Contudo, verifica-se que o autor **não figura** entre os legitimados mencionados no art. 264 do Regimento para formular consulta ao Tribunal. No âmbito do Poder Legislativo, os legitimados são os presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (RI/TCU, art. 264, I) e os presidentes de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas (RI/TCU, art. 264, IV).*

11. *Ausente, portanto, o requisito de admissibilidade constante no art. 264 do Regimento Interno, a presente consulta **não** deve ser conhecida.*

EXAME TÉCNICO

12. *Nada obstante o exame de admissibilidade, há jurisprudência no sentido de que, mesmo diante do não conhecimento de consulta, pode o TCU, exercendo a sua jurisdição por **impulso oficial e atuando de forma pedagógica**, analisar o caso que lhe foi apresentado. Em tal situação, as conclusões assumidas no processo **não têm caráter normativo** (Acórdão 2589/2021-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler).*

13. *Nessa linha, entende-se pertinente trazer à baila trecho do pronunciamento desta subunidade exarado no âmbito do TC 040.582/2023-0 (peça 21 daqueles autos), no qual se concluiu, após profunda análise da jurisprudência do TCU e do Poder Judiciário, que o verbete da Súmula - TCU 262, que compilou o entendimento do Tribunal acerca da análise de exequibilidade de propostas sob a égide da Lei 8.666/1993, no sentido de que o limite percentual previsto na lei faria surgir apenas uma **presunção relativa** de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, **permanece válido** diante da Lei 14.133/2021 (grifos originais):*

3. *Assim dispõe a Lei 14.133/2021 acerca do tema de inexequibilidade de proposta de licitante:*

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

[...]

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

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

[...]

§ 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.

[...]

4. O quadro a seguir compara essas disposições com as constantes da Lei 8.666/1993:

Art. 59 da Lei 14.133/2021	Lei 8.666/1993
Serão desclassificadas as propostas que: [...] III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;	Art. 48. Serão desclassificadas: [...] II - as propostas com preços excessivos ou manifestamente inexequíveis [...].
Serão desclassificadas as propostas que: [...] IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração; § 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.	Art. 43. [...] [...] § 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.
§ 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.	Art. 48. Serão desclassificadas: [...] II - as propostas com preços excessivos ou manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação..
§ 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.	Art. 48. [...] [...] § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor

<i>Art. 59 da Lei 14.133/2021</i>	<i>Lei 8.666/1993</i>
	dos seguintes valores: a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou b) valor orçado pela administração.

5. A jurisprudência do TCU acerca da análise de exequibilidade de propostas sob a égide da Lei 8.666/1993 foi compilada no enunciado de sua Súmula 262, de 2010, nos seguintes termos:

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

6. De fato, há tempos que esta Corte de Contas já expressava entendimento nesse sentido, conforme se verifica, por exemplo, na Decisão 85/2001-TCU-Plenário, assim se manifestando em seu voto o relator, Ministro Marcos Vilaça:

Tenho para mim que o § 1º do artigo 48 do Estatuto das Licitações e Contratos, introduzido pela Lei nº 9.648/98, estabelece somente um meio alternativo de o administrador público, na falta de condições de avaliar a viabilidade de uma proposta de preços, balizar matematicamente algo que possa ser tido como inexecuível. Como ficção matemática, o recurso não tem o condão de depor a realidade, desde que esta esteja demonstrada tecnicamente. Basta, nesse sentido, notar que prevalece o comando geral do artigo 48, inciso II, da Lei nº 8.666/93". O mesmo entendimento tem Marçal Justen Filho.

7. Esse entendimento continuou prevalecendo até agora, consoante se percebe, à guisa de exemplo, do voto do relator, Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, condutor do Acórdão 369/2020-TCU-Plenário:

26. Junte-se a tudo isso o entendimento de que não cabe ao pregoeiro fazer juízo acerca da exequibilidade da proposta sem que o licitante seja convocado para se pronunciar. A jurisprudência do TCU é firme nesse sentido:

- Acórdão 1.079/2009-TCU-Segunda Câmara, Relator Ministro Benjamin Zymler

*13. Ademais, conforme consulta no **website** da Infraero efetuada pelo analista-instrutor, observo que a Infraero tomou as providências necessárias, diligenciando a empresa vencedora, a fim de averiguar a viabilidade econômico-financeira da proposta comercial.*

14. Destaco que tal providência coaduna-se com a jurisprudência consolidada desta Corte de Contas no sentido de que não cabe à comissão de licitação ou ao pregoeiro declarar a inexecuibilidade da proposta da licitante, devendo facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade de suas propostas.'

- Acórdão 559/2009-TCU-Primeira Câmara, Relator Ministro Augusto Nardes

'Nos termos da jurisprudência do TCU, não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexecuibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas. [...] Também não há nos Decretos nºs 3.555/2000 e 5.450/2005, que regem o pregão, dispositivo específico tratando de inexecuibilidade de preços.

11. Diante desta lacuna, não cabe ao pregoeiro estipular, de maneira subjetiva, critérios de exequibilidade de preços, uma vez que não há espaço para subjetivismos na condução dos certames públicos (art. 44, § 1º, da Lei de Licitações).

12. Para essas situações, já decidiu esta Corte que não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexecuibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas (Acórdão nº 1.100/2008 - Plenário).'

- Acórdão 1.248/2009-TCU-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti

'(...) verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexecuibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide

relatório supra), o juízo de inexequibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exequibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos como infra-estrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo’.

27. Portanto, é o licitante quem deve comprovar a exequibilidade de sua oferta, e não a Administração, sem ouvir a empresa, quem deve desconsiderar a proposta.

28. Vejamos o que diz a respeito Marçal Justen Filho (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico – 6ª Edição, pp. 177-178):

‘Incumbe ao pregoeiro incentivar os licitantes a realizar ofertas, dinamizando a disputa. Mas seria possível reconhecer-lhe competência para impedir a continuidade da disputa, quando atingido valor reputado como mínimo para a exequibilidade do objeto? Ou seja, o pregoeiro disporia de competência discricionária para determinar o encerramento da competição, por reputar que o limite de exequibilidade teria sido atingido? A resposta tem de ser negativa, mesmo que existam informações verbais em sentido oposto, divulgadas por órgãos públicos.

O pregoeiro não é titular de competência discricionária para avaliar a viabilidade da execução de certa prestação ofertada por um particular. Lembre-se que a temática da inexequibilidade sempre atormentou a Administração Pública e, mesmo nas licitações na Lei nº 8.666, não se encontrou fórmula satisfatória para enfrentar o problema. A ressalva é relevante porque, nas demais modalidades licitatórias, a comissão de licitação dispõe de tempo e recursos materiais para promover diligências orientadas a apurar a viabilidade da execução da proposta. A despeito disso, sempre se aponta a ausência de suficientes informações para uma conclusão séria e motivada da comissão, mesmo quando o procedimento comporta investigações mais aprofundadas. A situação do pregoeiro é muito pior: tem o dever de decidir de imediato, sem possibilidade de exame maior acerca da estrutura de custos do licitante. Nem lhe é possível promover qualquer diligência. A escolha acerca do limite mínimo de exequibilidade, fundada em avaliações subjetivas, retrataria inevitável juízo arbitrário do pregoeiro. Isso seria incompatível com a natureza da atividade administrativa num estado Democrático de Direito.’

31. Valho-me mais uma vez de Marçal Justen Filho (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico – 6ª Edição, pp. 181-182):

‘A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexequibilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. A formulação de proposta inexequível é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando a proposta não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal).

A licitação destina-se – especialmente no caso do pregão – a selecionar a proposta que acarrete o menor desembolso possível para os cofres públicos. Logo, não há sentido em desclassificar proposta sob fundamento de ser muito reduzida. Ao ver do autor, a inexequibilidade deve ser arcada pelo licitante, que deverá executar a prestação nos exatos termos de sua oferta. A ausência de adimplemento à prestação conduzirá à resolução do contrato, com o sancionamento adequado.’

8. Nesses termos, cabe indagar se o referido enunciado de súmula também seria aplicável à novel lei de licitações e contratos. Nesse sentido, a tabela comparativa constante no item 4 deste pronunciamento mostra que não houve alteração textual significativa a justificar entendimento diverso ao defendido por este Tribunal de Contas. Embora tenha ocorrido mudança no limite e na metodologia de apuração do critério objetivo para consideração de uma proposta como inexequível, não houve introdução normativa que justifique não se realizar prévia diligência por parte da Administração Pública para conceder oportunidade ao licitante de comprovar a exequibilidade de sua proposta.

9. Nesse sentido convém reforçar o entendimento, já transcrito neste pronunciamento, procedente do voto do relator, Ministro-Substituto Augusto Sherman, condutor do Acórdão 1.248/2009-TCU-Plenário (grifos ausentes no original):

18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexecuibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexecuibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exequibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos – como infra-estrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo.

10. Assim, conclui-se que ambas as leis, conquanto apresentem critérios objetivos de aferição de inexecuibilidade de proposta de licitante, são **critérios relativos**, a clamar por oportunidade a esse licitante de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, argumentos que deverão ser analisados pelo órgão/entidade para verificar se são procedentes ou não (critérios subjetivos).

11. Convém alertar que esses critérios subjetivos não se confundem com critérios arbitrários, visto que a Administração deverá se pautar, em suas decisões, pelos princípios da razoabilidade, da impessoalidade e da economicidade.

12. Passa-se a analisar os entendimentos do TCU apontados na instrução do auditor. O primeiro se refere a acórdão apreciado por relação (Acórdão 2198/2023-TCU-Plenário, Relator Antônio Anastasia), nos seguintes termos (grifos apostos na transcrição):

VISTOS e relacionados estes autos de representação formulada por [...] em face de possíveis irregularidades ocorridas no Pregão Eletrônico [...], regido pela Lei 14.133/2021, sob a responsabilidade do [...], cujo objeto é a contratação de empresa de engenharia para prestação de serviços de recuperação do [...] - 1ª etapa/fase 1: recuperação de muro externo[...];

Considerando que a representante se insurge, em suma, contra a desclassificação de seu lance, que teria sido inferior ao mínimo de 75% definido para lances exequíveis, sem que tenha havido diligência para demonstrar a sua exequibilidade;

Considerando que o § 4º do art. 59 da Lei 14.133/2021 estabelece que, “No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexecuíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração”;

Considerando que serão desclassificadas as propostas que apresentarem preços inexecuíveis (art. 59, inciso III, da Lei 14.133/2021);

Considerando que, neste caso, não há que se cogitar da realização de diligências para aferir a inexecuibilidade, pois o lance abaixo daquele percentual de 75% já é identificado pela própria Lei como inexecuível, devendo a proposta ser desclassificada; e

Considerando os pareceres uniformes exarados pela Unidade [...];

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fundamento no art. 143, III, do RI/TCU, em:

a) conhecer da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 170, § 4º, da Lei 14.133/2021, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la improcedente;

12.1. É de se reconhecer haver similaridade do caso apreciado nesse mencionado processo e no ora em comento. Entretanto, pelos motivos expostos neste pronunciamento, o melhor entendimento, s.m.j., é que o conteúdo do enunciado da Súmula – TCU 262 também é aplicável às contratações regidas pela Lei 14.133/2021.

12.2. Já em relação ao parecer da Consultoria Jurídica do TCU, de 24/5/2023 (peça 19 do TC 003.546/2023-3 - Administrativo), que entendeu que o critério disposto no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 seria absoluto (*jure et de jure*), não restando oportunidade para comprovação em contrário, cabe trazer à baila que o posterior edital de licitação publicado (Edital do Pregão Eletrônico 23/2023 – peça 36 do mencionado processo) traz o seguinte dispositivo (grifos originais retirados e outros acrescentados):

29.5. Será desclassificada a proposta que:

[...]

29.5.3. apresentar preços inexequíveis ou permanecer acima do orçamento estimado para a contratação;

29.5.4. não tiver sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pelo Agente da Contratação;

29.5.4.1. Considerar-se-á inexequível a proposta que não venha a ter demonstrada sua viabilidade por meio de documentação que comprove que os custos envolvidos na contratação são coerentes com os de mercado do objeto deste Pregão.

29.5.4.2. Se houver indícios de inexequibilidade da proposta de preço, inclusive nas propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pelo TCU, ou, ainda, em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do § 2º do art. 59 e art. 64 da Lei n.º 14.133/21, para efeito de comprovação de sua exequibilidade.

12.3. Percebe-se, portanto, que a tese defendida no aludido parecer jurídico não prevaleceu.

13. Ainda a corroborar a tese de que o melhor entendimento sobre a questão ora em apreço é que o conteúdo do enunciado da Súmula – TCU 262 também é aplicável às contratações regidas pela Lei 14.133/2021, menciona-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) acerca desse tema, já sob a égide da novel lei de licitações e contratos:

TJ/SP, Apelação Cível 1004528-23.2022.8.26.0347, Rel. Des. Antonio Carlos Villen, j. em 8/8/2023 (grifou-se)

MANDADO DE SEGURANÇA. Licitação promovida pelo Município de [...] para execução de serviços de limpeza urbana. Desclassificação da impetrante por ter a Administração entendido que a proposta por ela apresentada era inexequível. Pretensão da apelada de que lhe seja concedida oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta. Possibilidade. **Presunção de inexequibilidade das propostas de obras e serviços de engenharia inferiores a 75% do valor orçado pela Administração (art. 59, § 4º da Lei n. 14.133/21) que é relativa e não absoluta. Licitação que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, o que justifica a relatividade da presunção, independentemente da natureza do serviço licitado.** Sentença que concedeu a ordem. Recursos oficial, considerado interposto, e voluntários não providos.

Voto do Relator na aludida apelação civil (grifos originais)

Por fim, cumpre ressaltar que a orientação ora adotada está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, como ficou consignado no acórdão proferido por esta 10ª Câmara no Agravo de Instrumento n. 2042642-51.2023.8.26.0000, interposto pelo Município de [...] em mandado de segurança impetrado por outra licitante [...], também desclassificada no mesmo certame em virtude da inexequibilidade da proposta apresentada (autos n.1004613-09.2022.8.26.0347). Transcrevo trecho da fundamentação daquele julgado, por sua relevância e aplicabilidade à presente demanda:

No mesmo sentido, mencione-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível” (REsp 965.839 - Rel.Min. DENISE ARRUDA, j. 15-12-2009).

Registre-se que é irrelevante que o mencionado julgado seja anterior à vigência da Lei Federal n. 14.133/21. Isso porque a redação do art. 48, dispositivo análogo na Lei de Licitações anterior (Lei n. 8.666/93), guarda semelhança com a do dispositivo atual naquilo que tem relevância para o presente caso. Ao contrário do que sustenta o agravante, o § 4º do art. 59 da nova Lei nada mais faz do que definir quais são as propostas consideradas inexequíveis no caso específico das obras e serviços de engenharia. O §2º do referido artigo, que possibilita a demonstração da exequibilidade das propostas pelo licitante, não exclui as obras e serviços de engenharia e, portanto, se aplica também a eles. E nem mesmo haveria razão para que não se aplicasse, pois, independentemente da natureza do serviço licitado, a licitação sempre visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, o que justifica que a presunção de inexequibilidade de propostas inferiores a 75% do valor orçado seja passível de ser afastada.

14. Conclui-se, portanto, que há indícios nos autos de que o ato de desclassificação da proposta da licitante Geoscan Geologia e Geofísica Ltda. (CNPJ 23.731.971/0001-07), nos itens 1, 2 e 3 do certame (peça 6, p. 5, 9 e 15), sem que lhe fosse dada a oportunidade de comprovar sua exequibilidade, foi irregular.

14. Registre-se que esse pronunciamento contou com a anuência do relator do TC 040.582/2023-0, Ministro Walton Alencar (peça 23 do referido processo).

15. Por fim, vale mencionar que, recentemente, o Tribunal enfrentou o tema e seguiu a linha de entendimento anteriormente exposta, exarando as seguintes deliberações (grifos não originais):

Acórdão 465/2024-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Sherman:

9.3. dar ciência à Universidade Federal Rural de Pernambuco de que o critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma **presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta**, nos termos do art. 59, § 2º, da mesma lei;

Acórdão 2.088/2024-TCU-2ª Câmara, relator Ministro Augusto Nardes:

9.3. determinar, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, ao Departamento de Polícia Federal - Superintendência Regional no Amazonas (SR/PF/AM) que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote providências no sentido de retornar, na Concorrência 2/2023, à fase de análise de proposta de preços, tendo em vista que o critério estabelecido no art. 59, inciso III e § 4º, da Lei 14.133/2021 deve conduzir a uma **presunção relativa de inexequibilidade, devendo ser dada oportunidade aos licitantes de demonstrarem a exequibilidade de suas propostas**, em atenção à Sumula TCU 262 e ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública;

16. Considerando os argumentos apresentados acima e as recentes deliberações do Tribunal sobre o tema, **não** haveria ilegalidade no art. 28 da IN - Seges/MGI 2/2023, estando em conformidade com a Súmula - TCU 262 e com o objetivo da licitação de buscar a proposta mais vantajosa para a Administração.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

17. Não houve pedido de ingresso aos autos.

18. Não houve pedido de vista e/ou cópia.

19. Não houve pedido de sustentação oral.

20. Não há processos conexos e apensos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

21. Em virtude do exposto, propõe-se:

- 21.1. **não conhecer** a presente documentação como **consulta**, haja vista o não atendimento dos requisitos de admissibilidade previstos no art. 1º, XVII, da Lei 8.443/1992 c/c art. 264, I e IV, do Regimento Interno/TCU;
- 21.2. **encaminhar** cópia desta instrução ao autor do expediente, esclarecendo-o de que as conclusões assumidas neste processo não têm caráter normativo nem constituem prejulgamento da tese, não obstante possam ser usadas como subsídio para eventual tomada de decisão;
- 21.3. **informar** ao autor do expediente e ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada, caso existentes, podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e
- 21.4. **arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 265 do Regimento Interno/TCU.”

É o relatório.

VOTO

O presente processo cuida de representação de autoria do Deputado Federal Júlio Lopes (PP/RJ), na qual é apontada suposta divergência entre a regra prevista no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 e a Instrução Normativa Seges/MGI 2, de 7 de fevereiro de 2023, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

2. Segundo o representante, o art. 28 da aludida instrução normativa, ao possibilitar a realização de diligência para aferição da exequibilidade de uma proposta com valor inferior a 75% do valor orçado pela Administração, no caso de licitação de obras ou de serviços de engenharia, estaria em contrariedade com o disposto no art. 59 da Lei 14.133/2021, norma hierarquicamente superior que definiria de forma taxativa o critério de inexecutabilidade, sem possibilidade de prova em sentido contrário.

3. No exame preliminar deste feito, a Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (AudContratações), embora tivesse inicialmente autuado o expediente do Deputado Júlio Lopes como representação, considerou que o objetivo do parlamentar seria a apreciação em tese da legalidade da IN Seges/MGI 2/2023, matéria que não seria de competência do TCU.

4. No entender da AudContratações, para que esta Corte de Contas pudesse se debruçar sobre dúvidas em relação à norma em tese, o instrumento mais adequado seria a consulta, desde que satisfeitos os requisitos de admissibilidade regimentais aplicáveis. No entanto, o autor da representação não estaria no rol de autoridades legitimadas a formular consulta ao TCU.

5. Assim, o tipo de processo foi alterado para consulta e foi proposto pela unidade técnica, em pareceres uníssimos, não conhecer da consulta, por não preencher os requisitos de admissibilidade aplicáveis.

6. Não obstante a proposta de não conhecer da consulta, a AudContratações realizou detalhado exame da matéria, concluindo não subsistir ilegalidade no art. 28 da IN Seges/MGI 2/2023, que estaria em plena consonância com a Súmula TCU 262 e com o objetivo da licitação de buscar a proposta mais vantajosa para a Administração.

II

7. Feita esta breve exposição dos fatos, preliminarmente, entendo que o expediente do Deputado Júlio Lopes foi endereçado ao TCU como representação, nos termos do art. 237, inciso III, do Regimento Interno do TCU, pois é clara a intenção do parlamentar em apontar ilegalidade em norma infralegal, e não de formular consulta ao TCU apresentando dúvida na sua interpretação.

8. Entendo que a situação tratada nos autos é semelhante aos precedentes apontados pela unidade técnica. Em ambos os casos de minha relatoria (Acórdãos 2.000/2017-Plenário e 1.955/2007-Plenário), o TCU, de fato, não conheceu de representações versando sobre a inconstitucionalidade de leis de forma abstrata. No entanto, no presente feito não se questiona a constitucionalidade de lei em sentido estrito, mas tão somente a legalidade de ato normativo infralegal, in casu, da IN Seges/MGI 2/2023.

9. Nos outros dois precedentes citados pela AudContratações, o Acórdão 687/2005-Plenário (relator: Ministro Valmir Campelo) e o Acórdão 686/2009-Plenário (relator: Ministro André Luís de Carvalho), ficou assentado o entendimento de que este Tribunal não detém competência para sustar, em abstrato, atos normativos editados por órgãos e entidades sujeitos à sua jurisdição, de maneira que

a competência do TCU estaria adstrita ao exame de aspectos relacionados diretamente à legalidade e legitimidade dos atos normativos, quando aplicados a um caso concreto.

10. Assim, se acolhida a interpretação da AudContratações sobre a inviabilidade do controle **in abstrato** de norma legal pelo TCU, salvo em processos de consulta, seria o caso de não conhecer da representação, como ocorreu nos casos mencionados pela unidade técnica, e não de converter o processo de representação em consulta, pois tal tipologia de processo de controle externo não se presta para denunciar supostas irregularidades ou ilegalidades em atos normativos.

11. Não obstante o exposto, sem me aprofundar na questão sobre a competência de esta Corte de Contas realizar o controle em abstrato de atos normativos infralegais, opto por conhecer excepcionalmente da presente representação, para que se possa apresentar algumas orientações sobre o tema desta representação, considerando que o objeto tratado nos autos é de extrema relevância, bem como observando a competência atribuída ao TCU por meio do art. 170, § 4º, da Lei 14.133/2021, segundo o qual qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação da Lei Geral de Licitação e Contratos.

III

12. Quanto à interpretação do disposto no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021, acolho integralmente o exame realizado pela unidade técnica, adotando-o como razões de decidir, sem prejuízo de apresentar algumas considerações adicionais.

13. Com efeito, considero correta a interpretação da unidade técnica de que a regra de inexecutabilidade presente no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 não representa uma presunção absoluta, devendo ter sua interpretação compatibilizada com o disposto no inciso IV do **caput** e no § 2º do mesmo artigo, o qual prevê a possibilidade de realização de diligências para sanear dúvidas sobre eventual inexecutabilidade da proposta. Para melhor compreensão do tema, reproduzo os dispositivos de interesse ao caso (grifos acrescidos):

“Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

[...]

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

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

[...]

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a executabilidade 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 executabilidade 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 inexecutáveis 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.”

14. A unidade técnica elaborou quadro comparativo entre as redações da Lei 8.666/1993 (revogada) e da nova Lei 14.133/2021, demonstrando que ambas as leis trataram da exequibilidade das propostas de forma estruturalmente semelhante. Ademais, a redação da Lei 8.666/1993 sobre os parâmetros de inexecuibilidade para obras públicas e serviços de engenharia era até mesmo mais incisiva, usando o termo “manifestamente inexecuíveis”, **in verbis**:

“Art. 48. [...]

[...]”

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecuíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração.” (grifos acrescidos).

15. A interpretação da matéria pelo TCU, no âmbito da Lei 8.666/1993, sempre entendeu que se tratava de uma presunção relativa de inexecuibilidade, consoante a Súmula 262, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. Não vejo nenhum dispositivo adicional da Lei 14.133/2021 que enseje a modificação do entendimento consolidado pela referida súmula.

16. Embora eu reconheça o precedente de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, no sentido de que “*não há que se cogitar da realização de diligências para aferir a inexecuibilidade, pois o lance abaixo daquele percentual de 75% já é identificado pela própria Lei como inexecuível, devendo a proposta ser desclassificada*” (Acórdão 2.198/2023-Plenário), a jurisprudência recente parece estar convergindo para a aplicação da Súmula 262 no âmbito da Lei 14.133/2021.

17. Como exemplo, cabe citar o recente Acórdão 465/2024-Plenário, de relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti:

“9.3. dar ciência [...] que o critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, da mesma lei;”

18. No mesmo sentido, cito o Acórdão 2.088/2024-2ª Câmara (relator: Ministro Augusto Nardes):

“9.3. determinar, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/1992, ao Departamento de Polícia Federal - Superintendência Regional no Amazonas (SR/PF/AM) que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote providências no sentido de retornar, na Concorrência 2/2023, à fase de análise de proposta de preços, tendo em vista que o critério estabelecido no art. 59, inciso III e § 4º, da Lei 14.133/2021 deve conduzir a uma presunção relativa de inexecuibilidade, devendo ser dada oportunidade aos licitantes de demonstrarem a exequibilidade de suas propostas, em atenção à Súmula TCU 262 e ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública;”

19. O Enunciado 11 do Instituto Nacional da Contratação Pública¹, entidade sem fins lucrativos que congrega como associados diversos especialistas em Direito Administrativo e Contratações Governamentais, também apresenta entendimento análogo:

“O art. 59, § 4º, da Lei nº 14.133/2021, contempla presunção relativa de inexecuibilidade às propostas de obras e serviços de engenharia, situação em que a Administração deverá realizar as diligências previstas no inciso IV e no § 2º, ambos daquele artigo.”

20. Sabendo-se de antemão que as tabelas referenciais de custos utilizadas para balizar o orçamento estimativo das licitações de obras públicas e serviços de engenharia podem apresentar valores superestimados, consoante demonstrado em várias fiscalizações já realizadas por esta Corte de Contas, a interpretação de que o critério do art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 seja uma regra absoluta poderia levar a diversas licitações em que os licitantes ofertariam lances com o desconto máximo admitido, o que ensejaria o empate dos ofertantes e a necessidade de aplicar as regras dispostas no art. 60 da mesma lei.

21. Em suma, tal regra poderia ser considerada inconstitucional por afastar o próprio dever de licitar, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como por violar o princípio da economicidade. Afinal, antevedendo que diversos certames terminariam empatados, os critérios de julgamento previstos na Lei de Licitações não seriam efetivamente aplicados, tornando-se as regras de desempate mais importantes do que o próprio critério de julgamento da licitação.

22. As fórmulas para avaliação de exequibilidade que têm sido utilizadas por décadas em diversas leis licitatórias são insuficientes para realmente garantir a exequibilidade das propostas ou para evitar que propostas efetivamente exequíveis sejam indevidamente desclassificadas. Embora a Lei 14.133/2021 tenha alterado o critério matemático para aferição da exequibilidade, idêntica conclusão pode ser extraída a partir do uso da regra prevista na nova lei.

23. Em um simples exercício, se o orçamento estimado (que é o principal parâmetro para exame da exequibilidade) estiver repleto de preços errados e omissões de serviços, a proposta do licitante, ainda que com baixo desconto, será inexecuível de plano. Por outro lado, se o orçamento estimado estiver com sobrepreço (ou se o sistema referencial utilizado apresentar valores superestimados), será possível que as propostas dos licitantes, ainda que com desconto superior a 25% do valor estimado, sejam plenamente exequíveis.

24. O melhor tratamento da matéria parece remeter ao entendimento de que não é papel do Estado pugnar pela exequibilidade das propostas, exercendo uma espécie de curatela dos licitantes. Ao tutelar a lucratividade dos proponentes e a exequibilidade das propostas, o Poder Público interfere indevidamente na seara privada criando restrições indevidas para o setor produtivo praticar os preços que bem entender e, por conseguinte, também arcar com as consequências de suas decisões.

25. Ainda que fosse possível estabelecer em lei regras realmente eficazes para analisar a exequibilidade, tais regras não poderiam captar diferentes tipos de decisão empresarial. A título de exemplo, cito o caso do particular que oferta preço inexecuível porque deseja obter um determinado atestado de capacidade técnica para conseguir entrar em um novo mercado. É o custo de aquisição de um novo cliente, que muitas vezes o setor produtivo está disposto a incorrer. Em outro exemplo, o particular poderia ofertar preço inexecuível por necessidades de obter caixa ou desovar estoques de produtos que estão prestes a perecer ou que não terão outra serventia.

¹ Disponível para consulta em: <https://www.incpbrasil.com.br/enunciados-aprovados/>.

26. Existem outros benefícios indiretos ao particular além dos preços ofertados na licitação. Cita-se o exemplo de um fabricante de veículos que tem um retorno positivo de sua imagem ao fornecer viaturas para as forças policiais, assim como os futuros ganhos que terá ao vender as peças de reposição e realizar a manutenção das viaturas. Esta própria Corte de Contas recentemente obteve em comodato, de forma totalmente gratuita, a utilização de dois veículos de alto custo para uso de suas autoridades. Qualquer regra de exequibilidade que se preveja em lei dificilmente captará todas as nuances da atividade empresarial privada.

27. A inexecuibilidade de preços também está atrelada ao que se denomina risco moral, que se refere à situação em que uma das partes em uma transação toma decisões mais arriscadas porque sabe que não terá que arcar com todas as consequências negativas dessas decisões. Em outras palavras, o risco moral ocorre quando uma pessoa ou entidade tem a oportunidade de agir de maneira menos responsável porque não terá que lidar completamente com as consequências adversas de suas ações.

28. Assim, a apresentação de propostas inexecuíveis nas licitações públicas é nada mais do que um sintoma da impunidade. Se houvesse a menor chance de a licitante ter que suportar as consequências de ofertas aviltantes, não as apresentaria. Quando se apresenta uma proposta inexecuível, a proponente tem convicção de que não arcará com as consequências econômicas e jurídicas daí advindas. Em alguns casos contará com a apresentação de pleitos ilegais de aditamento contratual. Em outros, com o simples abandono do contrato após a execução de suas parcelas mais vantajosas.

29. O risco moral também está presente quando o licitante toma essa decisão sabendo que, ao ganhar o contrato, pode tentar obter lucro por meio de outras práticas inadequadas, como atrasos ou empregando qualidade inferior nos produtos ou serviços fornecidos. Nesse caso, o licitante pode agir de maneira menos responsável na expectativa de que o contratante seja forçado a aceitar tais desconformidades.

30. A existência de propostas inexecuíveis em licitações anteriores pode incentivar outros licitantes a seguir o mesmo caminho, assumindo que podem apresentar propostas aparentemente vantajosas e, posteriormente, renegociar termos ou custos. Para mitigar o risco moral relacionado à inexecuibilidade de propostas, os órgãos responsáveis pelas licitações devem implementar procedimentos rigorosos de avaliação, incluindo análise detalhada dos preços, da capacidade técnica e financeira dos licitantes. Além disso, a transparência, a aplicação consistente de penalidades e a revisão cuidadosa das propostas são essenciais para garantir a integridade do processo licitatório e evitar práticas inadequadas.

31. No entanto, uma regra inflexível de desclassificar qualquer proposta com mais de 25% de desconto em relação ao valor estimado não permite captar todas essas nuances, exigindo que se realize as necessárias diligências para se aferir de fato se a proposta é exequível.

32. Com base nessas considerações, julgo improcedente a presente representação e acolho a proposta de dar ciência desta deliberação ao representante e ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

Diante do acima exposto, voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 24 de abril de 2024.

BENJAMIN ZYMLER
Relator

ACÓRDÃO Nº 803/2024 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 005.765/2024-2.
2. Grupo I – Classe VII - Assunto: Representação.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão/Entidade: Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (AudContratações).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação encaminhada pelo Deputado Federal Júlio Lopes (PP/RJ) relatando possível divergência entre o disposto no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 e a Instrução Normativa Seges/MGI 2, de 7 de fevereiro de 2023, que dispõe sobre a licitação pelo critério de julgamento por técnica e preço, na forma eletrônica, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer do expediente do Deputado Federal Júlio Lopes como representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso III e parágrafo único, do RI/TCU, para, no mérito, considerá-la improcedente;

9.2. cientificar o representante e o Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos desta deliberação;

9.3. arquivar este processo.

10. Ata nº 16/2024 – Plenário.

11. Data da Sessão: 24/4/2024 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0803-16/24-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Walton Alencar Rodrigues (na Presidência), Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, Bruno Dantas, Vital do Rêgo e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministro-Substituto presente: Augusto Sherman Cavalcanti.

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral