

“Esmola demais, o santo desconfia?”

A exequibilidade de propostas na Nova Lei de Licitações

Eduardo Jordão

Professor de Direito Administrativo e Econômico da Fundação Getúlio Vargas Direito Rio (FGV Rio). Advogado e consultor jurídico. Doutor em Direito pelas universidades de Paris e de Roma. Mestre em Direito pelas universidades de Londres e de São Paulo. Bacharel pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e em institutos Max-Planck.

Luiz Filipe Cunha

Mestrando em Direito Público pela UERJ e bacharel em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Procurador do estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: Este artigo analisa o regime jurídico de desclassificações de propostas por inexecuibilidade na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Estudam-se o histórico normativo e jurisprudencial do tema e o debate entre a natureza relativa e absoluta das presunções legais e regulamentares de inexecuibilidade. Além disso, enfrentam-se três problemas jurídicos que vêm suscitando debates e divergências interpretativas sobre a nova lei e sua regulamentação: (i) a viabilidade jurídica de se formular proposta de preço simbólico, irrisório ou de valor zero em licitações regidas pela Lei nº 14.133/2021; (ii) a natureza da presunção de inexecuibilidade de propostas de preço inferiores a 75% do valor orçado pela administração em casos de obras e serviços de engenharia, especialmente diante do recente Acórdão nº 2.198/2023 do Tribunal de Contas da União (TCU), que parece ter sinalizado uma possível virada jurisprudencial no assunto e (iii) a interpretação do conceito de “custos de oportunidade” que consta do regulamento federal da nova lei (e reproduzido em diversos regulamentos estaduais).

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações. Exequibilidade de propostas. Preço simbólico. Custos de oportunidade.

Sumário: 1 Introdução – 2 O tratamento da inexecuibilidade das propostas no novo regime legal de licitações e contratos administrativos e o histórico da regulamentação do tema – 3 A natureza relativa da presunção de inexecuibilidade e seus fundamentos jurídicos – 4 Três problemas do novo regime legal de inexecuibilidade de propostas – 4.1 A viabilidade jurídica de apresentação de preços simbólicos,

irrisórios ou de valor zero e a impossibilidade de desclassificação automática da proposta – **4.1.1** O artigo 44, §3º, da Lei nº 8.666/1993 como resquício de presunção absoluta no regime legal revogado e suas flexibilizações jurisprudenciais – **4.1.2** O silêncio eloquente da Lei nº 14.133/2021 – Ausência de qualquer resquício de presunção absoluta de inexecuibilidade no novo regime legal – **4.3** A inexecuibilidade de propostas no caso de obras e serviços de engenharia e o Acórdão nº 2.198/2023 do TCU – **4.4** Necessária consideração dos “custos de oportunidade” (artigo 34, parágrafo único, inc. II da IN SEGES nº 73/2022) – **5** Considerações finais – Referências

1 Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021 – conferiu destaque ao problema da inexecuibilidade das propostas, alçando a necessidade de evitar “preços manifestamente inexequíveis” à condição de um dos principais objetivos do processo licitatório. Ganhou, entre os objetivos da nova lei, destaque semelhante à necessidade de se evitar o sobrepreço ou o superfaturamento.¹ Mas atenção: o preço inexequível não é apenas o preço muito baixo. Trata-se, na verdade, de preço tão baixo que não pode ser considerado suficiente para cobrir os custos dos insumos necessários à execução do objeto, gerando riscos, à administração contratante, de que a prestação pactuada poderá não ser honrada a contento no prazo contratual.² Nesse sentido, a administração busca proposta que ofereça *preço vantajoso*, entendido como aquele “que é aquele suficiente para cobertura das despesas diretas e indiretas relativas à contratação, embora reduzido”,³ que não se confunde com o *preço inexequível*, insuficiente para a cobertura dessas despesas.

O destaque à inexecuibilidade de propostas de preço na nova lei se deve à experiência brasileira pretérita em licitações e contratos administrativos, em que se constatou que, durante a execução contratual, algumas empresas contratadas não eram capazes de prestar o serviço adequadamente com base nos preços licitados, preferindo abandonar o contrato ou focar seus esforços na execução das parcelas do serviço com preços

¹ “Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: (...) III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos (...)”

² “Não interessa à administração a seleção de particulares que ofertem preços impraticáveis, que ensejarão a inviabilidade da regular prestação contratual, resultando em prejuízo evidente à administração, que não terá atendida sua necessidade negocial” (Torres, 2023, p. 372).

³ Justen Filho, 2021, p. 724.

maiores.⁴ Do ponto de vista econômico, isso significa dizer que existe uma *assimetria de informações* entre a administração licitante e o mercado quanto aos custos efetivos de bens e serviços. Caso providências para mitigar essa assimetria não sejam adotadas, opera-se o problema da *seleção adversa*,⁵ em que a administração, comparando apenas as propostas de preço e sem informações sobre os custos dos licitantes, acaba por selecionar empresas com pouca capacidade de executar o programa contratual de forma fidedigna. Além de evitar a seleção de propostas que não possam ser executadas ou que gerem incentivos à execução contratual com qualidade aquém da esperada pela administração, o combate aos preços inexequíveis é útil para diminuir os litígios durante a fase de execução contratual, porque a contratação com preços que efetivamente cubram os custos, diretos e indiretos, pode evitar pedidos reiterados de reequilíbrio.

Ocorre que determinar o que são preços inexequíveis, na prática, não é tarefa simples. Primeiro, porque toda formulação de propostas envolve projeções sobre os dispêndios e custos de insumos durante o prazo contratual, que estão sujeitas às dificuldades inerentes a quaisquer prognoses.⁶ Segundo, porque os particulares licitantes podem desenvolver tecnologias que os permitam fornecer determinados serviços e insumos a custos muito abaixo daqueles de mercado. Terceiro, porque não se pode ignorar a possibilidade de haver interesses econômicos do licitante na assinatura de determinado contrato administrativo que não se resumam à contraprestação a ser paga pelo poder público, uma vez que obter aquele contrato lhe trará uma série de vantagens indiretas no mercado (por exemplo, obter atestados de capacidade técnica que lhe abrirão novos mercados). Em qualquer um desses casos, é praticamente impossível que a administração seja capaz de, previamente, delimitar quais patamares de preços serão considerados absolutamente inexequíveis.

⁴ Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2021, p. 721) assim descreve esse histórico: “A determinação formal do inc. III do art. 11 implica a vedação à prática usual da administração brasileira, consistente na assunção do risco de contratação inexequível. A dúvida e o questionamento formal quanto à inexequibilidade costumavam ser rejeitados, mediante o argumento simplista de que a questão seria superada pelo controle de qualidade durante a execução do contrato. Ou seja, o órgão de contratação ignorava o problema da inexequibilidade, transferindo a responsabilidade pelo seu enfrentamento a outros agentes e assumindo o risco de contratação desastrosa. A experiência evidenciou o descabimento dessa solução. Os custos e as dificuldades do controle de qualidade inviabilizam a identificação das prestações defeituosas e insatisfatórias. Os efeitos do preço inexequível são arcados não pelo órgão de contratação, mas pelo conjunto dos servidores ou pela comunidade.” Ver também Oliveira, 2022.

⁵ “A seleção adversa refere-se a situações em que o tipo dos agentes não é observável, de modo que um lado do mercado tem de adivinhar o tipo ou a qualidade do produto com base no comportamento do outro lado do mercado” (Varian, 201, Cap. 38, item 38.5).

⁶ Ver Simon, 1990.

Diante dessas dificuldades, o tratamento legal da (in)exequibilidade merece atenção da literatura especializada, especialmente diante da recente revogação definitiva da Lei nº 8.666/1993 e a consequente vigência plena da Lei nº 14.133/2021. Com o novo regime legal de licitações e contratos, o tema – que já suscitava controvérsias e debates doutrinários e jurisprudenciais relevantes – volta à ordem do dia, havendo uma série de dúvidas sobre a aplicação concreta das novas normas. De fato, a nova lei alterou, em alguns aspectos importantes, a regulamentação da matéria, e o regulamento editado pela União sobre o assunto – Instrução Normativa nº 73/2022 da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, doravante IN SEGES nº 73/2022 – apresentou conceitos novos e sem precedentes na legislação ou na jurisprudência sobre licitações e contratos administrativos no Brasil, em especial o de “custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta” (artigo 34, parágrafo único, inc. II). Essa nova regulamentação foi replicada em diversos Estados da federação que já expediram regulamentos sobre a nova lei, ao exemplo do Rio de Janeiro⁷ e de Minas Gerais.⁸

Por serem recentes as alterações, alguns temas relativos ao novo regime de inexequibilidade ainda carecem de tratamento aprofundado na literatura. Este artigo busca contribuir para suprir essa lacuna, enfrentando, de forma mais específica, três problemas jurídicos que vêm suscitando debates e divergências interpretativas: (i) a viabilidade jurídica de se formular proposta de preço simbólico, irrisório ou de valor zero em licitações regidas pela Lei nº 14.133/2021; (ii) a natureza da presunção de inexequibilidade de propostas de preço inferiores a 75% do valor orçado pela administração em casos de obras e serviços de engenharia, especialmente diante do recente Acórdão nº 2.198/2023 do Tribunal de Contas da União (TCU), que parece ter sinalizado uma virada jurisprudencial no assunto; e (iii) a interpretação do conceito de “custos de oportunidade” que consta do regulamento federal da nova lei (e foi reproduzido em diversos regulamentos estaduais).

O exame dessas controvérsias exige uma compreensão geral do tratamento da inexequibilidade das propostas no novo regime legal de licitações e contratos administrativos e na regulamentação infralegal, assim como um panorama do histórico da regulamentação do tema – o que será feito na seção 2. Além disso, o enfrentamento das questões supracitadas passa por uma compreensão da natureza absoluta ou relativa da presunção de inexequibilidade das propostas de preço que sejam inferiores aos percentuais definidos em lei e na regulamentação infralegal do tema. Como

⁷ Art. 37, parágrafo único, inc. II do Decreto Estadual nº 48.778/2023.

⁸ Art. 31, parágrafo único, inc. II do Decreto Estadual nº 48.723/2023.

se demonstrará na seção 3, qualquer presunção de inexequibilidade deve ter relativa, sendo presunções absolutas incompatíveis com os objetivos e princípios norteadores da licitação, como já vinha entendendo pacificamente o TCU na interpretação da Lei nº 8.666/1993. Estabelecidas essas premissas, os três temas acima mencionados serão enfrentados na seção 4 deste artigo.

2 O tratamento da inexequibilidade das propostas no novo regime legal de licitações e contratos administrativos e o histórico da regulamentação do tema

Diante das dificuldades relatadas em definir no que consistem preços inexequíveis, a legislação e a jurisprudência dos órgãos de controle externo delinearão, ao longo dos anos, parâmetros para identificá-los. Sob o regime da Lei nº 8.666/1993, a possibilidade de desclassificação das propostas por inexequibilidade dos valores ofertados encontrava previsão no seu artigo 48, inc. II e §1º.⁹ Nesse regime, preços inexequíveis eram definidos como “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” (artigo 48, inc. II). Assim, previa-se, como regra, previsão aberta, suscetível de densificação no edital e de demonstração, pelos proponentes, da exequibilidade de suas ofertas.

Contudo, o §1º do mesmo artigo definia como *manifestamente inexequíveis*, no caso de obras e serviços de engenharia, as propostas inferiores a 70% do valor estimado pela administração ou da média das propostas superiores a 50% do orçamento estimado, o que menor fosse. Nesses

⁹ Art. 48. Serão desclassificadas:

(...)

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§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 dos seguintes valores: (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) valor orçado pela administração. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).”

casos, apenas pelo exame da literalidade do dispositivo legal, as propostas abaixo desses patamares deveriam ser desclassificadas, não havendo margem para justificativas de sua exequibilidade –¹⁰ embora a jurisprudência do TCU já entendesse, há décadas, que o artigo 48, inc. II e §1º estabelece uma presunção apenas relativa de inexequibilidade, conforme se analisará na seção seguinte.

Em relação às licitações para formação de contratos de aquisição de bens e de prestação de serviços em geral, a Lei nº 8.666/1993 não trazia parâmetros objetivos de aferição da exequibilidade das propostas de preço.¹¹ Por essa razão, prevalecia, para compras e serviços em geral, ampla *margem de discricionariedade*¹² para que o edital ou a comissão de licitação, em cada caso concreto, aferisse a existência ou não de indícios de inexequibilidade dos preços ofertados. Assim, caberia ao pregoeiro, por exemplo, diante de uma proposta muito inferior ao orçamento estimado pela administração ou à média das propostas de preço dos demais licitantes, efetuar diligências para verificar se aqueles valores são exequíveis.¹³

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, manteve-se a situação de ampla discricionariedade para a verificação de indícios de inexequibilidade em licitações de obras e serviços de engenharia, deixando-se de

¹⁰ Nesse sentido, também a redação do art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666/1993 poderia levar à equivocada conclusão de que o art. 48, §1º estabelecia uma espécie de preço mínimo aceitável nas licitações, sob o manto de presunção absoluta. Tal inciso previa que o edital deveria estabelecer o critério de aceitabilidade dos preços, “vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48”.

¹¹ Destaca-se, porém, que, em razão da ausência de critérios objetivos, passou-se a admitir a aplicação dos mesmos parâmetros previstos em lei para obras e serviços de engenharia para as demais contratações, inclusive quando licitadas por meio de pregão. Nesse sentido: “(...) ainda que o art. 48, II, §1º, da LGL (Brasil, 1993) se refira a “obras e serviços de engenharia”, o TCU sedimentou o entendimento de que os parâmetros veiculados em tal dispositivo se aplicam a todo e qualquer tipo de objeto (compras e demais serviços), inclusive à modalidade pregão” (Amorim, 2018).

¹² Diante da utilização do conceito jurídico indeterminado “inexequibilidade” pela Lei nº 8.666/1993, ausente qualquer especificação legal do conceito para o caso de bens e serviços em geral, prevalecia margem de discricionariedade para densificação administrativa do conceito. Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2009, p. 222) explicita que “simplesmente o uso de conceitos indeterminados pelo legislador confere uma margem de discricionariedade à agência na interpretação, aplicação e regulamentação complementar das leis às quais a agência se submete”. Sobre o tema, ver também Krell, 2004.

¹³ Nesse sentido, a administração federal regulamentou o tema no art. 29, §§3º a 5º, da Instrução Normativa SLTI nº 2/2008 e, posteriormente, nos itens 9.3 a 9.6 da Instrução Normativa SEGES/MP nº 05/2017, estabelecendo que, havendo “indícios de inexequibilidade da proposta de preço, ou em caso da necessidade de esclarecimentos complementares, poderá ser efetuada diligência, na forma do §3º do art. 43 da Lei nº 8.666, de 1993, para efeito de comprovação de sua exequibilidade”. É dizer: o agente condutor da licitação teria ampla margem para verificar a existência de indícios de inexequibilidade, devendo baixar o processo em diligência sempre que suspeitar um problema na formação dos preços. Ademais, o regulamento tornou obrigatória a realização de diligência sempre que “o licitante apresentar preço final inferior a 30% da média dos preços ofertados para o mesmo item” (item 9.6 da IN SEGES/MP nº 05/2017).

estabelecer parâmetros legais apriorísticos, concomitantemente com a previsão de critério quantitativo objetivo para obras e serviços de engenharia (no novo regime, equivalente a preços inferiores a 75% do valor orçado). O novo tratamento legal da matéria assumiu a seguinte forma:

Artigo 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.

§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.

Em relação a licitações para aquisição de bens e serviços em geral, a maior novidade ficou por conta da regulamentação desse dispositivo. De fato, a Instrução Normativa SEGES nº 73/2022 diferenciou-se da lógica das normas do regime revogado, para trazer um parâmetro percentual objetivo de inexequibilidade para bens e serviços em geral, de forma similar ao que foi previsto pela lei para as obras e serviços de engenharia.

Artigo 33. 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.

Artigo 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexequibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração.

Parágrafo único. A inexequibilidade, na hipótese de que trata o caput, só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:

I - que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

II - inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.

Como deixa claro o dispositivo, foi eleito o parâmetro objetivo de 50% do valor orçado pela administração, de forma similar à previsão sobre obras e serviços de engenharia. Caso a proposta de preço do licitante fique abaixo desse percentual, não cabe ao agente de contratação afastar a existência de inexequibilidade por considerar que não há indícios suficientes. Por exemplo, não poderia um pregoeiro, diante de propostas de preços inferiores ao limiar regulamentar, afirmar que não há indícios sérios de inexequibilidade, valendo-se de critérios diferentes daquele estabelecido na instrução normativa, como o fato de que o valor da proposta mais bem classificada estaria próxima à média dos valores oferecidos pelos demais licitantes – prática comum sob o regime jurídico anterior.

Na ausência da previsão regulamentar, seria possível que o agente condutor da licitação se valesse dos mais diversos critérios, entre eles a verificação de semelhanças entre as bases econômicas das propostas, para concluir que não há indício de inexequibilidade, ainda que todas as propostas fossem muito inferiores ao valor estimado pela administração. Mas, com a previsão do artigo 34 da IN SEGES nº 73/2022, essa forma de verificação não é mais possível, porque o órgão competente – no caso, a Secretaria de Gestão – definiu qual critério deve ser utilizado: o critério percentual objetivo de 50% do valor orçado. Estando a proposta avaliada abaixo desse patamar, não é possível deixar de realizar as diligências necessárias para aferir se o objeto do contrato poderá ser executado, pelo licitante, pelo preço que ofereceu, inclusive abrindo-se ao licitante a oportunidade de demonstrar que conseguirá cumprir as suas obrigações com aqueles preços.

Em outras palavras, ao densificar o conceito legal de inexequibilidade por meio da previsão de um critério quantitativo objetivo, a administração pública federal se *autovinculou*, isto é, suprimiu a sua margem de discricionariedade por ato próprio. Vale destacar que essa autovinculação operou-se por ato normativo, que tem a eficácia de vincular os atos singulares da própria administração, inclusive da autoridade que expediu o regulamento.¹⁴ Assim, seja por conta da autovinculação administrativa, seja em razão do princípio hierárquico, que impede que o pregoeiro (ou outro agente ou comissão responsável pela condução da licitação) atue

¹⁴ Ver Modesto, 2010, p. 11.

de forma distinta da determinação da autoridade superior,¹⁵ a aferição de indícios de inexequibilidade deve ocorrer por meio do critério estabelecido no artigo 34 da IN SEGES nº 73/2022, e esses indícios não podem ser dispensados à luz de considerações do caso concreto. O agente público condutor da licitação estará obrigado, então, a realizar diligências e obter informações sobre os custos do licitante que ofertou o preço inferior ao parâmetro regulamentar.

Embora a regulamentação da nova lei tenha trazido importante inovação no regime de aferição da inexequibilidade de propostas, são escassos os precedentes dos órgãos de controle que tenham enfrentado as novas questões trazidas pelas normas mais recentes. De todo modo, a análise dos precedentes anteriores, formados a partir da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos, pode fornecer um norte quanto aos parâmetros de interpretação do novo sistema normativo. Em especial, destaca-se que a IN SEGES nº 73/2022 acabou por aproximar as lógicas de aferição da inexequibilidade entre bens e serviços gerais, de um lado, e obras e serviços de engenharia, de outro – sendo que, neste último caso, a mudança no tratamento do tema foi mínima. Portanto, cumpre verificar quais parâmetros interpretativos podem ser extraídos da jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU, ainda que em casos de obras e serviços de engenharia, avaliando se eles são aplicáveis também ao novo regime. É o que se passa a analisar.

3 A natureza relativa da presunção de inexequibilidade e seus fundamentos jurídicos

Após quase duas décadas de interpretação do artigo 48 da Lei nº 8.666/1993 – que, como descrito acima, poderia dar margem a uma equivocada leitura de que a proposta de preço abaixo do percentual previsto no seu §1º levaria à automática desclassificação da proposta –, o TCU cristalizou, no enunciado de Súmula nº 262, aprovado pelo Acórdão nº 3.240/2010, o entendimento de que “o critério definido no artigo 48, inciso II, §1º, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta”.

¹⁵ Embora a regulamentação tenha sido editada pela Secretaria de Gestão, a necessidade de observância das normas desse órgão sobre licitações, por toda a administração pública federal, advém de determinação presidencial. Nesse sentido, o Decreto nº 1.094/1994, art. 5º, inc. II, estabelece a competência regulamentar, sobre licitações, do órgão gestor do Sistema de Serviços Gerais (SISG). Já o art. 127, inc. VII, do Decreto nº 9.745/2019 atribuiu à Secretaria de Gestão do Ministério da Economia a função de atuar como órgão central do SISG.

O enunciado vai ao encontro do entendimento doutrinário de que a desclassificação de propostas não prescinde de fundamentação apenas por estar a proposta de preço abaixo de determinado parâmetro. Coaduna-se com a ideia de que a presunção de inexecuibilidade deve ser sempre relativa, admitindo prova em contrário. Passa-se a explicitar os diversos fundamentos que rechaçam qualquer interpretação contrária, que venha a conferir caráter absoluto à presunção de inexecuibilidade.

A presunção absoluta de inexecuibilidade não pode ser admitida, em primeiro lugar, por conta do *princípio da motivação*, que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, impede que a administração desclassifique proposta “por mera suspeita de inexecuibilidade ou inviabilidade técnica, econômica ou jurídica, sem apontar os motivos da eliminação do certame”.¹⁶ Vale destacar, a esse respeito, que o princípio da motivação, além de nortear todo e qualquer processo administrativo (artigo 2º, Lei nº 9.784/1999), ganhou destaque especial em relação às decisões tomadas nos processos licitatórios com a Lei nº 14.133/2021, que o citou expressamente entre os princípios informativos da nova lei de licitações em seu artigo 5º.

Desse modo, em qualquer caso de desclassificação – mesmo quando presente preço aquém do parâmetro legal de inexecuibilidade, cabe lembrar –, “à entidade licitadora incumbe fundamentar a desclassificação, explicitando de modo claro e preciso os aspectos que determinaram sua incompatibilidade com os requisitos inerentes à licitação.”¹⁷ No mesmo sentido, o TCU entende que “não é suficiente para qualificar como inexecuível um preço o só fato de ser ele inferior às estimativas de custo da administração. É preciso fundamentar esse juízo”.¹⁸

Em segundo lugar, lembre-se o que já se afirmou linhas acima: *a desclassificação por inexecuibilidade não é um fim em si mesmo*, mas um mecanismo legal previsto para proteger a própria administração contra riscos de seleção adversa, de inexecuções contratuais futuras e de litigiosidade excessiva. Caso se comprove que preços muito baixos não geram incentivos perversos, e que o licitante conseguirá e desejará prestar o serviço ou fornecer o bem mesmo com propostas baixas, a sua não aceitação violará o *princípio da vantajosidade*. Com efeito, se o objetivo da licitação é a seleção da proposta mais vantajosa (artigo 3º, Lei nº 8.666/1993 e artigo 11, inc. I, Lei nº 14.133/2021), preços muito baixos não podem ensejar a desclassificação, de plano, da proposta, sem que um exame sério da exequibilidade dos valores ofertados seja feito.

¹⁶ Meirelles, 1991, p. 140.

¹⁷ Mello, 1995, p. 312.

¹⁸ Acórdão TCU nº 537/2003, Plenário.

Em terceiro lugar, a desclassificação automática de propostas aquém de certo percentual do valor orçado pela administração significaria estabelecer presunção absoluta de inexequibilidade de propostas que muito se assemelharia, na prática, à lógica dos preços mínimos e dos preços-base que a Lei nº 8.666/1993 buscou combater. Nesse sentido, sob regimes anteriores, era comum que fossem praticados os chamados “preços-base” nas licitações. Nessa lógica, apenas seriam aceitas propostas classificadas dentro de uma margem percentual calculada a partir desse preço-base, o que criava incentivos para que os licitantes descobrissem, por meios pouco republicanos, o preço-base definido administrativamente. Segundo Marçal Justen Filho, esse sistema “assegurava ao licitante vitória certa, bastava tomar conhecimento do preço-base. Os desvios reiterados conduziram à eliminação desse modelo licitatório.”¹⁹

Em reação aos abusos anteriores, a Lei nº 8.666/1993 deixou claro que é absolutamente vedada “a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência” (artigo 40, inc. X). Desse modo, admitir que os percentuais do artigo 48, §1º trariam presunções absolutas iria de encontro ao propósito legislativo de se afastar do sistema anterior, porque isso se assemelharia muito ao estabelecimento de preços mínimos. Deve-se admitir, portanto, a comprovação da exequibilidade dos preços, ainda que muito baixos, reconhecendo-se ser a presunção apenas relativa.

Em quarto lugar, a presunção absoluta de inexequibilidade conferiria à pesquisa de mercado, feita pela administração para chegar ao orçamento estimado, um valor absoluto. Isto é, haveria uma certeza jurídica sobre a adequação da pesquisa de preços realizada pelo órgão ou entidade licitante, insuscetível de prova em contrário. No entanto, como revela a prática de licitações e contratos, existem enormes dificuldades em realizar pesquisas de preço adequadas,²⁰ especialmente em setores em que a administração realiza poucas contratações.

Em quinto lugar, a presunção absoluta impediria inovações redutoras de custos pelos contratados da administração, vedando que eles proponham soluções, em seus planos de negócios, capazes de reduzir os custos a patamares substancialmente inferiores ao orçado pelo órgão ou entidade licitante. Isso também impediria que a administração se beneficiasse, por meio de preços mais baixos, dos lucros que o particular contratado poderá ter como benefícios indiretos da contratação.

¹⁹ Justen Filho, 2021, p. 742.

²⁰ Ver Barbosa, 2016. Sobre a teoria econômica da formação de preços e como as dificuldades informacionais dificultam a sua observação externa, ver Nóbrega, 2014.

Por fim, o reconhecimento da natureza relativa da presunção de inexecutabilidade, além de permitir à administração a obtenção da proposta mais vantajosa em situações antes vedadas, vai ao encontro dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência (artigo 170, *caput* e inc. IV, CRFB/88), dos quais decorre livre definição, pela sociedade empresária licitante, de suas estratégias negociais,²¹ que podem incluir receitas muito diversas.²² Nas palavras do ministro Bruno Dantas, “não há vedação legal à atuação, por parte de empresas contratadas pela administração pública Federal, sem margem de lucro ou com margem de lucro mínima, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa” (Acórdão nº 3.092/2014).²³

Realmente, a licitação, entendida como um processo administrativo para a seleção da melhor proposta, não pode servir de mecanismo capaz de direcionar as decisões negociais dos potenciais contratantes (ausente qualquer objetivo constitucional ou legal legítimo para isso)²⁴ ou de impedir que interesses legítimos e pró-competitivos dos licitantes se reflitam em propostas melhores para a administração. Suprimir a presunção absoluta de inexecutabilidade permite, dessa forma, que as empresas interessadas em contratar com a administração possam aplicar diferentes modelos de negócios capazes de gerar benefícios tanto para o contratante quanto para o contratado. Nessa linha, o TCU reconhece que não cabe ao agente condutor da licitação “imiscuir-se em decisões de ordem estratégica ou econômica das empresas”,²⁵ e, por essa razão, a administração deve conferir “às licitantes a oportunidade de demonstrar a compatibilidade de suas composições de preços com sua estrutura gerencial e com as características do mercado e comprovar a viabilidade do lance ofertado” —²⁶acolhendo, explicitamente, a visão de que são muito variadas as formas de organização empresarial e gerencial, devendo-se sempre permitir que essas formas, e os

²¹ Nesse sentido: “Esse procedimento, ou seja, dar oportunidade à empresa para que demonstre a viabilidade de executar sua proposta, nada mais é do que a prática do princípio da livre concorrência e da economicidade, que deverá ser submetido ao conhecimento e análise da administração para tomada de decisão” (Furtado, 2010, p. 6).

²² “Entendo, como a Unidade Técnica, que a possibilidade de outras receitas que não a da taxa de administração afasta a inexecutabilidade do contrato, haja vista a viabilidade de propostas com percentuais de valor zero ou até mesmo negativos. A exigência de um porte financeiro e patrimonial maior para a futura contratada, como pretende a representante, restringiria o universo potencial de concorrentes, desfavorecendo o interesse público” (Brasil, 2008b).

²³ Brasil, 2014b.

²⁴ Não se está a negar que a licitação possa ter *função regulatória* (tema sobre o qual se remete a Souto, 2005, p. 202 e ss.); afirma-se apenas que, se essa função existir, deve ser aplicada de forma transparente, reconduzível a um objetivo público explícito, e em compatibilidade com a necessidade de selecionar a proposta mais vantajosa.

²⁵ Brasil, 2008a.

²⁶ Brasil, 2018.

ganhos decorrentes, sejam demonstrados pelo licitante, porque não cabe à administração pré-estabelecer um modelo rígido de negócio privado.

Diante de todos esses argumentos, o TCU vem exigindo fundamentação robusta para desclassificação de propostas por inexequibilidade, o que só pode ser feito após dar ao licitante a oportunidade de comprovar que os preços por ele ofertados são exequíveis, mesmo nos casos em que os preços ficam abaixo do patamar legal ou regulamentar.” Realmente, conforme decidido pelo TCU em diversas ocasiões, é necessário que se dê “às licitantes a oportunidade de demonstrar a compatibilidade de suas composições de preços com sua estrutura gerencial e com as características do mercado e comprovar a viabilidade do lance ofertado” (Acórdão nº 1.244/2018),²⁷ reconhecendo-se que cada empresa e cada mercado têm particularidades que podem destoar do orçamento estimado consideravelmente e, ainda assim, não pôr em risco a regular execução do objeto contratual.²⁸

O TCU rechaça as tentativas de estabelecer mínimos aceitáveis absolutos para as propostas de preço, ainda que não sejam diretamente aplicáveis as disposições da Lei Geral de Licitações e Contratos. Nesse sentido, no Acórdão nº 571/2013, avaliou-se a norma do regulamento de licitações e contratos da Petrobras que permitia a utilização de “faixa de precisão” como parâmetro de avaliação dos preços globais, para fins de aceitação ou de reprovação das propostas. No julgado, entendeu-se que havia irregularidades nas práticas da companhia, porque, “quando se trata do limite mínimo, ou seja, da aferição da exequibilidade das propostas, não há motivos para se afastar da jurisprudência desta Corte (*vi.g.* Acórdão

²⁷ Brasil, 2018.

²⁸ Vale a transcrição de trecho do voto do Ministro relator Ubiratan Aguiar no Acórdão nº 141/2008, em que essas questões são elucidadas: “14. A desclassificação de propostas em razão de preço tem por objetivo evitar que a administração contrate bens ou serviços por preços excessivos, desvantajosos em relação à contratação direta no mercado, ou inexequíveis/irrisórios, que comprometam a satisfação do objeto almejado com conseqüências danosas à administração. 15. No que se refere à inexequibilidade, entendo que a compreensão deve ser sempre no sentido de que a busca é pela satisfação do interesse público em condições que, além de vantajosas para a administração, contemplem preços que possam ser suportados pelo contratado sem o comprometimento da regular prestação contratada. Não é objetivo do Estado espoliar o particular, tampouco imiscuir-se em decisões de ordem estratégica ou econômica das empresas. Por outro lado, cabe ao próprio interessado a decisão acerca do preço mínimo que ele pode suportar. 16. Assim, o procedimento para aferição de inexequibilidade de preço definido no art. 48, inciso II, §1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços. Isso porque, além de o procedimento encerrar fragilidades, dado que estabelece dependência em relação a preços definidos pelos participantes, sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração. 17. Nessas circunstâncias, caberá à administração examinar a viabilidade dos preços propostos, tão-somente como forma de assegurar a satisfação do interesse público, que é o bem tutelado pelo procedimento licitatório.”

nº 1426/2010-TCU-Plenário) no sentido que sempre deve ser propiciado ao licitante a possibilidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta”. Assim, conclui-se que, em qualquer caso, “os limites objetivos de exequibilidade fixados em norma e/ou adotados no edital possuem, em regra, apenas presunção relativa, podendo ela ser afastada de acordo com o caso concreto”.²⁹ Esse entendimento foi reiterado em diversos outros julgados do Plenário do TCU, bem como em decisões judiciais sobre o tema.³⁰

4 Três problemas do novo regime legal de inexequibilidade de propostas

Como visto anteriormente, a tese da presunção absoluta de inexequibilidade deve ser rechaçada, o que se reflete na jurisprudência do Tribunal de Contas da União que se formou sobre o tema ao longo das últimas décadas. No entanto, com o novo regime legal de licitações e contratos, algumas discussões sobre a natureza dessa presunção persistem. Nesta seção, serão analisados três problemas que precisam ser enfrentados pela literatura e pela jurisprudência sobre o novo regime legal de inexequibilidade. Os dois primeiros problemas possuem estreita relação com a discussão sobre a natureza da presunção legal de inexequibilidade, envolvendo as seguintes discussões: (i) a viabilidade jurídica de apresentação de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero e a conduta que deve ser tomada pelo agente de contratação, pregoeiro ou comissão diante de uma proposta dessa natureza e (ii) a natureza da presunção de inexequibilidade no caso de obras e serviços de engenharia, considerando a redação do artigo 59, §4º, da Lei nº 14.133/2021 e a recente decisão do TCU no Acórdão nº 2.198/2023. Por fim, será abordada (iii) a interpretação do conceito de “custos de oportunidade” que consta da regulamentação infralegal da matéria, e deverá servir de norte para avaliação das propostas de preço diante das presunções relativas de inexequibilidade.

²⁹ Brasil, 2013, parágrafo 29.

³⁰ Vale citar os seguintes julgados do TCU: acórdãos nº 674/2020, 1.244/2018, 1.079/2017 e 2.068/2011. O posicionamento do Judiciário parece ir no mesmo sentido, valendo citar, a título exemplificativo, REsp nº 965.839/SP, precedente da 1ª Turma do STJ em que se adotou o mesmo entendimento.

4.1 A viabilidade jurídica de apresentação de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero e a impossibilidade de desclassificação automática da proposta

4.1.1 O artigo 44, §3º, da Lei nº 8.666/1993 como resquício de presunção absoluta no regime legal revogado e suas flexibilizações jurisprudenciais

Apesar de todas as razões em favor do reconhecimento da natureza *relativa* da presunção de inexecuibilidade e da pacífica jurisprudência, até então, dos órgãos de controle externo nesse sentido, o regime da Lei nº 8.666/1993 continha uma exceção anacrônica a essa norma. Com efeito, o seu artigo 44, §3º dispunha que não seria admitida “proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado (...)”, prevendo como única exceção a situação em que o licitante é proprietário de materiais e instalações e renuncia à remuneração pelo seu uso. Por conta desse dispositivo, a jurisprudência do TCU excepcionava a exigência de convocação do licitante para comprovar a exequibilidade de sua proposta, quando inferior ao parâmetro legal ou regulamentar, nos casos em que o agente condutor da licitação verificasse, de plano, tratar-se de proposta de preço simbólico, irrisório ou de valor zero. Reconhecia-se, nesse sentido, que, “em situações extremas, quando os lances ofertados configurarem preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, gerando presunção absoluta de inexecuibilidade, admite-se a exclusão de lance durante a etapa competitiva do pregão” (Acórdão nº 674/2020).

Assim, prevalecia o entendimento de que, quando o valor ofertado fosse zero ou muito baixo (por exemplo, um desconto de 99% sobre o valor estimado da contratação), o pregoeiro poderia desclassificar a proposta tão logo recebida, sem intimar o licitante para detalhar seus custos, por ser lícito, nesses casos, presumir de forma absoluta a inexecuibilidade. Tratava-se de um verdadeiro resquício do sistema de preços mínimos ou de faixas de variação, que se revelava, muitas vezes, incompatível com a realidade de certos mercados, em que a composição dos custos e das receitas dos contratantes viabiliza o oferecimento de propostas muito baixas e, ainda assim, o objeto permaneceria exequível e atrativo para o licitante.

Apesar desse resquício, tanto na prática das contratações públicas – inclusive em práticas amparadas em manifestações jurídicas da Advocacia-Geral da União – quanto na jurisprudência do TCU, essa presunção absoluta foi sendo paulatinamente flexibilizada, diante de situações fáticas que revelavam que, embora o preço fosse zero ou próximo de zero, as circunstâncias de determinados setores econômicos conferiam alguma

racionalidade econômica à proposta. Por exemplo, devido à dinâmica econômica do setor,³¹ as agências de viagem contratadas pela administração para o fornecimento de passagens aéreas passaram a ofertar taxas de agenciamento muito baixas, chegando até mesmo a valores negativos que podiam representar substanciais descontos sobre os valores das passagens em favor do poder público. Sobre o tema, a jurisprudência do TCU se firmou no sentido de que as propostas das agências de viagem de taxas de agenciamento negativas não podem ensejar a desclassificação automática das propostas por inexecutabilidade.

Isso porque, à luz das práticas vigentes no setor e de potenciais fontes de remuneração adicionais da agência contratada, é possível que a agência tenha capacidade de fornecer passagens com descontos substanciais à administração. Entre os fatores que o permitem, vale menção ao fato de que “as companhias aéreas oferecem incentivos às agências em função do volume de vendas e do cumprimento de metas. Tais incentivos são pagos a partir do volume de vendas total de uma agência, não apenas daquelas decorrentes do contrato com um órgão público específico” (TCU, Acórdão nº 554/2015).³² Além disso, as agências auferem lucro “proveniente da diferença entre o valor da passagem aérea divulgado publicamente e o valor mais reduzido obtido em negociação junto à companhia aérea” (Parecer nº 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU), sendo de interesse da administração que parte desse lucro seja compartilhado com o órgão ou entidade contratante por meio da licitação que admita valores muito baixos, zero ou negativos.

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas admite taxas de administração zero ou negativa em outros serviços de gerenciamento e de intermediação, como ocorre nos casos de vale-alimentação e vale-combustível. Nesses casos, a Corte entende há décadas que a admissão de taxas negativas não viola o artigo 44, §3º da Lei nº 8.666/1993, “por não estar caracterizado, a priori, que essas propostas sejam inexequíveis, devendo ser averiguada a compatibilidade da taxa oferecida em cada caso concreto, a partir de critérios objetivos previamente fixados no edital” (TCU, Decisão nº 38/1996). Da mesma forma, são permitidas ofertas de taxa zero ou negativa nas licitações tendentes à contratação de empresas prestadoras de serviço de gerenciamento e intermediação para

³¹ Conforme relatado no Parecer nº 06/2013/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, as agências, inicialmente, recebiam comissões, pagas pelas companhias aéreas, pela venda de passagens. Com o tempo, efetuou-se uma mudança no setor, de modo que, hoje, essa comissão não é mais paga, e a remuneração das agências passou a ser feita diretamente pela administração contratante.

³² Nessa linha, as agências se beneficiam das economias de escala, havendo incentivos para contratar com órgãos e entidades que emitem elevado número de passagens, ainda que mediante desconto sobre as passagens (i.e., taxa de agenciamento negativa).

fornecimento de combustíveis, sem que isso implique inexecutabilidade, porque essas empresas auferirão lucros cobrando valores dos postos revendedores credenciados.³³

Esses exemplos mostram que a norma insculpida no §3º do artigo 44 da Lei nº 8.666/1993, embora, a princípio, estabelecesse uma presunção absoluta, sofreu diversas flexibilizações na prática e na jurisprudência. Com efeito, admite-se o oferecimento de preços irrisórios, de valor zero ou mesmo, em alguns casos, de taxas negativas, sendo necessário avaliar, em cada caso, se é válido presumir a inexecutabilidade à luz da natureza do empreendimento e das características econômicas do setor. Afinal, em diversos casos, “a contratação propicia ao particular a obtenção de recursos por outras vias, o que significa a desnecessidade de remuneração recebida superar o custo do particular”.³⁴

Se uma empresa contratada pode ser remunerada por outras vias – às quais só terá acesso ou terá acesso facilitado por conta da contratação administrativa –, parece evidente que esse elemento deve ser levado em consideração na avaliação da sua proposta, sendo descabido desclassificá-la por inexecutabilidade sem que lhe seja facultada a oportunidade de explicitar esses benefícios indiretos do contrato e como eles se refletem na composição dos custos. É dizer: deve-se sempre permitir ao licitante demonstrar a *racionalidade econômica da sua proposta*, evidenciando que executar fielmente o contrato com aquelas bases econômicas lhe é interessante à luz de seus planos de negócios, especialmente porque auferirá benefícios, em razão da contratação, diferentes da simples contraprestação paga pelo poder público.

Diante disso, conclui-se que a norma contida no artigo 44, §3º da Lei nº 8.666/1993 era anacrônica, porque, ao pretender estabelecer uma presunção absoluta de inexecutabilidade, ignorou a realidade econômica dinâmica e variável e as evoluções nas formas de contratações da administração pública que são incompatíveis com presunções dessa natureza. A jurisprudência do TCU e pareceres jurídicos da AGU e das procuradorias tratavam de corrigir essa distorção, flexibilizando essa norma para determinados setores econômicos – mas não sem divergências e litigiosidade decorrente do *aparente* desrespeito à norma legal.³⁵

Assim, em boa hora a Lei nº 14.133/2021 alterou esse regime para eliminar de seu texto qualquer resquício de presunção absoluta de inexecutabilidade. Como se demonstrará na próxima seção, tratou-se de *silêncio*

³³ Nesse sentido, ver Parecer nº 043/2020/PFUFOPA/PGF/AGU e Pereira Júnior; Dotti, 2009.

³⁴ Justen Filho, 2010, p. 657.

³⁵ Citando uma série de precedentes de tribunais regionais federais sobre o tema, que evidenciam a controvérsia da questão, ver Chaves, 2018.

eloquente, não sendo mais possível, em hipótese alguma, a desclassificação de propostas por inexecuibilidade sem que seja dada ao licitante oportunidade de demonstrar que pode executar o contrato com os preços constantes de sua proposta.

4.1.2 O silêncio eloquente da Lei nº 14.133/2021. Ausência de qualquer resquício de presunção absoluta de inexecuibilidade no novo regime legal

O teor do §3º do artigo 44 da Lei nº 8.666/1993 não encontra equivalente na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A não reprodução dessa norma deve ser entendida como um *silêncio eloquente*, refletindo o objetivo do legislador de eliminar uma presunção legal absoluta que impedia economias substanciais para a administração em casos em que o ofertante possui interesses legítimos na contratação que vão além da simples contraprestação paga pelo órgão ou entidade contratante. Como delineado na seção anterior, esses interesses legítimos podem ser variados, destacando-se a situação em que figurar como contratante abrirá ao contratado oportunidades negociais a que não teria acesso de outra forma.

Com efeito, o *silêncio eloquente* da Lei nº 14.133/2021 é a única interpretação possível a partir do histórico legislativo. Como se notou nas seções anteriores deste artigo, o regime anterior à Lei nº 8.666/1993 admitia licitações com preços-base, funcionando como verdadeiros preços mínimos, criando distorções significativas nos certames.³⁶ O referido diploma reagiu a esse modelo anterior, buscando vedar o estabelecimento de preços mínimos, preços-base ou de faixas de valores. Mas deixou um resquício do regime anterior no §3º do artigo 44, que “estabelece de forma implícita limites mínimos a serem observados na composição de uma proposta”.³⁷ Esse dispositivo, porém, foi flexibilizado pelo TCU em diversas ocasiões, de acordo com as características dos mercados fornecedores, de modo que, *na prática*, tornou-se norma relativa. Esse processo culminou na edição da Lei nº 14.133/2021, que corrige tal situação ao eliminar qualquer resquício de presunção absoluta. O histórico normativo revela, pois, que o silêncio foi intencional.

A propósito, reitera-se que a Corte de Contas federal, há tempos, reconhece que “a cotação de algumas tarifas em níveis irrisórios não era suficiente para determinar, de forma inquestionável, a inviabilidade da

³⁶ “Os descalabros resultantes desse modelo tornaram-se conhecidos. Assegurava ao licitante vitória certa, bastava tomar conhecimento do preço-base. Os desvios reiterados conduziram à eliminação desse modelo licitatório. Não se reputa aceitável introduzi-lo novamente, muito menos sob o disfarce de uma presunção absoluta” (Justen Filho, 2021, p. 742).

³⁷ Furtado, 2010.

proposta” (Decisão nº 236/2002, Plenário). Mesmo sob a vigência do artigo 44, §3º, da Lei nº 8.666/1993 já se admitiam descontos altíssimos, valendo citar, por exemplo, descontos de aproximadamente 90% sobre valores de passagens aéreas, sem que se admitisse a desclassificação automática do licitante por inexecuibilidade.³⁸ Mesmo em casos de “descontos de 100%, 99% e 98%”, aparentemente contrários à literalidade do citado dispositivo, como foi a situação analisada pelo Plenário do TCU no Acórdão nº 2.525/2019, reconheceu-se a necessidade de “dar a oportunidade para essas empresas demonstrarem a viabilidade das suas propostas”.³⁹ A previsão legal, assim, já era tão relativizada na prática que, com o passar dos anos, já estava deixando de ser uma presunção absoluta, tanto na jurisprudência do TCU quanto na prática administrativa.⁴⁰

Para além disso, o fim da presunção absoluta de inexecuibilidade de propostas extremamente baixas vai ao encontro de leis recentes que abarcam elementos do pragmatismo jurídico.⁴¹ Exige-se que o administrador, ao invés de desclassificar uma proposta de forma irrefletida por estar abaixo de determinado patamar, considere adequadamente “as consequências práticas da decisão” (artigo 20, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), avaliando-se se essa desclassificação impedirá economias substanciais para a administração, desde que a exequibilidade reste comprovada a partir do contexto mercadológico.⁴² Nessa linha, permite-se uma atenção maior ao contexto de mercado em que a contratação pública se insere, destacando a importância do *contextualismo* nas

³⁸ Nesse sentido, cite-se a Decisão TCU nº 396/1997 (Plenário, de relatoria do ministro Iram Saraiva, de 2 de julho de 1997). No caso, o TCU avaliou pedido de desclassificação de agência de viagem licitante que ofereceu um deságio de 89% sobre o valor orçado. O Tribunal entendeu que a desclassificação automática, sem análise mais aprofundada sobre a viabilidade de prestar o serviço sobre aquele patamar, era ilícita, acolhendo a argumentação da empresa interessada de que “desclassificar a proposta da Itiquira, seria desestimular a competição, onerar a administração e, principalmente, infringir o objetivo basilar da licitação pública: o da busca da proposta mais vantajosa para a administração. Seria, enfim, negar o tipo da licitação instaurada, o de menor preço, o que exigiria fundamentação irrefutável”.

³⁹ Brasil, 2019. Neste acórdão, foi deferida a medida cautelar pleiteada para suspender o certame, porque a desclassificação teria sido ilegal. No entanto, cumpre destacar que, no Acórdão nº 739/2021 (Brasil, 2021), o mérito dessa representação foi julgado, decidindo-se no sentido da anulação da licitação, entre outras razões, por conta das falhas de planejamento e de estimativa orçamentária que levaram a propostas tão baixas.

⁴⁰ Nessa linha, chama a atenção o fato de que as minutas-padrão de edital de licitação da AGU já iam ao encontro dessa tese mitigadora do art. 44, §3º. De fato, o item 8.4.4.1 da minuta-padrão de edital (no caso, de pregão para serviços contínuos sem dedicação exclusiva de mão-de-obra) admitia, mesmo em casos de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, a possibilidade de que o licitante consiga “comprovar que possui ou possuirá recursos suficientes para executar a contento o objeto”.

⁴¹ Ver Arguelhes; Leal, 2009.

⁴² Ver, sobre os parâmetros e fundamentos para o exame das consequências práticas da decisão, Justen Filho, 2018.

decisões do agente público condutor do certame.⁴³ Além disso, a nova lei pôs fim ao dogma de que ofertas de preço de valor zero ou ínfimos seriam sempre inexequíveis, na linha do *antifundacionalismo* que ampara posturas pragmatistas de decisão.⁴⁴

Nem se argumente que, ainda que ausente previsão legal, o agente condutor da licitação poderia desclassificar propostas zero ou irrisórias, sem diligências ou convocação para comprovações adicionais por parte do licitante, por considerar, de plano, ser caso de má-fé.⁴⁵ Esse entendimento não pode prevalecer, porque presume a má-fé do licitante, quando o contrário deve ser a regra. Realmente, é um “princípio geral de direito universalmente aceito, o da presunção da boa-fé, sendo mesmo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova”.⁴⁶ Além disso, com a revogação do referido dispositivo, trata-se de posição sem qualquer embasamento legal. Essa postura iria de encontro, ainda, à IN SEGES nº 73/2022, que trouxe moderna visão sobre a necessidade de levar em consideração os *custos de oportunidade*, conforme se demonstrará na seção seguinte.⁴⁷ Outra possível tese contrária ao que ora se sustenta seria de que impedir que o pregoeiro eliminasse, de plano, propostas de valor zero ou irrisórias permitiria que alguns licitantes tumultuassem o certame, gerando ineficiências e atrasos na condução da licitação. Esse argumento tampouco pode servir de base para voltar à natureza absoluta de presunção de exequibilidade. Desclassificar propostas sem qualquer motivação, ainda que o licitante tenha demonstrado conseguir cumprir as obrigações contratuais, seria ilegítimo, violando os princípios da motivação, da vantajosidade e da livre iniciativa.⁴⁸

⁴³ Pogrebinski, 2005.

⁴⁴ Pogrebinski, 2005, p. 34.

⁴⁵ Nesse sentido, a doutrina tradicional considerava que “é discutível a legalidade da proposta gratuita, no todo ou em parte, porque, salvo motivação relevante, pressupõe a existência de interesses escusos, a que o princípio da moralidade administrativa se opõe veementemente” (Meirelles, 1981, p. 95).

⁴⁶ REsp nº 956.943/PR (Brasil, 2014a).

⁴⁷ A propósito, registre-se que os §§4º e 5º do art. 21 da IN SEGES nº 73/2022 não podem ser interpretados de forma a justificar a eliminação automática de propostas zero ou muito baixas por inexequibilidade. Esse dispositivo – que, como diz o próprio §5º, não prescinde de convocação do licitante para se defender, deve ser utilizado apenas em situações excepcionalíssimas em que o licitante age de má-fé para frustrar o certame (“§4º O agente de contratação ou a comissão de contratação, quando o substituir, poderá, durante a disputa, como medida excepcional, excluir a proposta ou o lance que possa comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do processo licitatório, mediante comunicação eletrônica automática via sistema. §5º Eventual exclusão de proposta do licitante, de que trata o §4º, implica a retirada do licitante do certame, sem prejuízo do direito de defesa”).

⁴⁸ Em uma ponderação de princípios que envolva, de um lado, os princípios da eficiência e da duração razoável do processo e, do outro, os princípios da motivação, da vantajosidade e da eficiência, não é admissível que um dos lados da balança seja completamente suprimido. Deve-se chegar a uma solução que importe *concordância prática* entre os valores em jogo, vedando-se excessos seja para

4.3 A inexecuibilidade de propostas no caso de obras e serviços de engenharia e o Acórdão nº 2.198/2023 do TCU

Embora o TCU tenha formado jurisprudência no sentido da natureza apenas relativa da presunção de inexecuibilidade, entendimento aplicável indistintamente tanto a aquisições e serviços em geral quanto a obras e serviços de engenharia, o mesmo tribunal lavrou recente acórdão em sentido contrário ao seu entendimento antes pacificado. Com efeito, no Acórdão nº 2.198/2023, da relatoria do ministro Antonio Anastasia,⁴⁹ o TCU parece ter ido de encontro à sua jurisprudência consolidada para fixar que, em caso de licitação para contratação de serviço de engenharia, “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”. Na decisão, a Corte de Contas se pautou na literalidade do inc. III e do §4º do artigo 59 da Lei nº 14.133/2021.

O referido parágrafo do artigo 59 dispõe 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”. O TCU parece ter se fiado na literalidade do dispositivo (“serão consideradas inexecuíveis”), em uma leitura isolada do §4º e sem consideração das demais normas constantes do mesmo artigo 59, dos entendimentos do próprio Tribunal e do histórico legislativo. Na verdade, a literalidade do dispositivo equivalente na Lei nº 8.666/1993 era similar, e também poderia conduzir ao entendimento de que a desclassificação de propostas inferiores ao mínimo legal seria automática e absoluta: o artigo 48, *caput* da lei revogada estabelecia, de modo peremptório, que “serão desclassificadas” as propostas “manifestamente inexecuíveis”, e o §1º do mesmo artigo definia que seria consideradas assim as propostas de preço inferiores a 70% do valor orçado ou da média das propostas superiores a 50% do valor orçado. No entanto, como já notado neste artigo, a jurisprudência do TCU, apreciando essa norma, flexibilizava o seu conteúdo e afirmava que a presunção que dela se extraía era meramente relativa.

Pouco mudou, neste ponto, com a Lei nº 14.133/2021. Apenas houve a instituição do percentual de 75% sobre o valor orçado, ao invés de 70%, e a previsão de que a aplicação desse percentual se dará apenas sobre o valor orçado, simplificando a sua apuração. Não há qualquer razão ligada

um lado, seja para outro. Caso admitida a presunção absoluta, estará aniquilada a possibilidade de prova, pela empresa licitante, de que seu modelo de negócios a permite prestar aquele serviço por preço zero, bem como a vantajosidade à administração daí decorrente. Assim, uma solução ponderada poderia ser exigir reforçado ônus probatório nesses casos.

⁴⁹ Acórdão nº 2.198/2023 (Brasil, 2023).

à evolução legislativa, portanto, para uma mudança abrupta na orientação do TCU sobre o tema, sendo certo que não se pode extrair, das pequenas mudanças no tratamento legal da inexequibilidade de propostas em licitações de obras e serviços de engenharia, qualquer intenção legislativa de superar a jurisprudência que fixava a natureza relativa da presunção.

Além disso, a interpretação do §4º do artigo 59 não pode ser descolada do *caput* do mesmo artigo.⁵⁰ Com efeito, o inc. IV do artigo 59 expressamente admite que o licitante demonstre a exequibilidade de sua proposta de preço, antes que a desclassificação possa ser efetivada. Complementando esse inciso, o §2º estabelece que a “administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada”. Dessa maneira, o inc. IV e o §2º do artigo 59 da Lei nº 14.133/2021 devem ser combinados com as previsões do mesmo artigo que tratam da desclassificação da proposta de preços, em especial o inc. III – que afirma apenas que serão desclassificadas as propostas com preços inexequíveis – e o §4º – que considera inexequíveis, quando se tratar de obras e serviços de engenharia, propostas de valores inferiores a 75% do valor orçado.

A leitura conjunta dessas disposições conduz à seguinte norma: devem ser desclassificadas as propostas que contiverem preços inexequíveis, o que inclui aquelas com preços inferiores ao percentual de 75% do valor orçado pela administração para obras e serviços de engenharia (inc. III e §4º), desde que tenha sido conferida ao licitante que formulou tal proposta a possibilidade de demonstrar a exequibilidade, por meio de diligências (inc. IV e §2º). Nessa linha, Hamilton Bonatto esclarece que, caso o legislador quisesse excepcionar a regra do inc. IV do *caput* (que admite a demonstração de exequibilidade) no caso de obras e serviços de engenharia, isso teria constado expressamente do §4º. Segundo o autor, o §4º apenas complementa a redação do inc. III, mas não retira os efeitos da exceção constante do inc. IV e do §2º.⁵¹

Nem se diga que a presunção absoluta decorrida da IN SEGES nº 73/2022, que, em seu artigo 33, simplesmente replicou a literalidade do §4º do artigo 59, deixando de tratar de diligências para comprovação da exequibilidade no caso de obras e serviços de engenharia, mas prevendo essa possibilidade para bens e serviços em geral no artigo 34, parágrafo único.⁵² A interpretação de que o regulamento teria imposto um regime de

⁵⁰ Nesse sentido, Bonatto, 1998.

⁵¹ Bonatto, 1998.

⁵² “Art. 33. 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. 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexequibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração.”

presunção absoluta seria ilegal, já que o inc. IV e o §2º do artigo 59 da Lei nº 14.133/2021 não fazem qualquer distinção entre o objeto da contratação, isto é, são aplicáveis tanto a bens e serviços em geral quanto a obras e serviços de engenharia. Assim, o artigo 33 da IN nº 73/2022 deve ser interpretado em conformidade com a lei, para que se reconheça que a presunção prevista no referido artigo é apenas relativa.

Nessa linha, caso se fizesse uma interpretação literal e isolada do §4º do artigo 59 da lei, e do artigo 33 do seu regulamento federal, que tornasse absoluta a referida presunção, estaríamos diante de um retrocesso em relação ao regime legal anterior. Como já explicado, a Lei nº 8.666/1993 admitia até mesmo propostas com preços em valor zero, desde que os materiais ou instalações orçados dessa forma fossem de propriedade do licitante (artigo 44, §3º). Assim sendo, a leitura isolada do §4º, levada a efeito pelo TCU no Acórdão nº 2.198/2023, excluiria até mesmo essa exceção, em claro descompasso com o propósito legislativo, elucidado acima, de extirpar qualquer resquício de presunção absoluta de inexequibilidade no novo regime legal.

Para além disso, todos os fatores explicitados na seção anterior sobre a inviabilidade de se estabelecer uma presunção absoluta de inexequibilidade se aplicam, indistintamente, às licitações de obras e serviços de engenharia. Assim, não é diferente, seja para aquisições e serviços em geral, seja para obras e serviços de engenharia, argumentos como o de que não permitir que o particular demonstre conseguir prestar certas parcelas do objeto a custos bem abaixo dos de mercado iria de encontro ao princípio da vantajosidade, porque seria vedação ao compartilhamento, com a administração pública, de vantagens econômicas decorrentes de particularidades de determinados agentes econômicos ou de benefícios indiretos da contratação que ele poderá auferir. Realmente, fornecer determinados insumos à administração pode conferir ao contrato economias de escala que lhe permitirão obter maiores lucros em outros contratos privados que ele venha assinar, razão pela qual é factível que esse licitante tenha interesse em oferecer proposta de preços muito baixos à administração que lhe coloque em posição de vantagem em outras negociações. Desde que o licitante consiga demonstrar, em diligência, como obterá essas economias e como elas tornam sua proposta de preço factível, seria antieconômico desclassificar sua proposta.

Parágrafo único. A inexequibilidade, na hipótese de que trata o caput, só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:

I - que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

II - inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.”

4.4 Necessária consideração dos “custos de oportunidade” (artigo 34, parágrafo único, inc. II da IN SEGES nº 73/2022)

A regulamentação da Lei nº 14.133/2021, editada pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, foi ao encontro desses avanços doutrinários e jurisprudenciais que rejeitaram presunções absolutas de inexecuibilidade e acolheram a possibilidade de os licitantes embasarem suas propostas de valores baixos em justificativas econômicas e negociais diversas, tais como a obtenção de receitas de diferentes fontes que apoiassem a exequibilidade dos preços ofertados. Nesse sentido, a IN SEGES nº 73/2022 buscou restringir desclassificações indevidas por inexecuibilidade, exigindo para tanto, *em qualquer caso*, a comprovação, por meio de diligência, de dois requisitos: (i) prova de que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta e (ii) demonstração de que inexistem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.⁵³

O primeiro fato que deve ser comprovado para a desclassificação de propostas – prova de que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta – vai na linha do entendimento tradicional de que, se o custo é menor que o preço ofertado, o licitante dificilmente executaria o objeto a contento. Embora isso possa ser verdade para um grande número de contratações – como é o caso de simples aquisições de bens pela administração pública –, demonstrou-se, nas seções anteriores deste artigo, que há, igualmente, uma série de casos em que interessa ao licitante bem executar o contrato, ainda que o preço seja inferior ao custo, porque ele auferirá benefícios indiretos não imediatamente apreciáveis pela administração contratante.

Sensível a essas situações, a regulamentação incluiu um segundo requisito, *cumulativo*, para que seja desclassificada uma proposta por inexecuibilidade: deve ser comprovado que não há *custos de oportunidade que justifiquem o vulto da oferta*. A compreensão do conceito de custos de oportunidade utilizado no inc. II do parágrafo único do artigo 34 da IN SEGES nº 73/2022 passa pelo histórico normativo e jurisprudencial explicado acima. Buscou-se captar, com a expressão, as perdas de oportunidades negociais a que o licitante teria acesso caso fosse o vencedor da licitação, que justificam o oferecimento de preços baixos.⁵⁴ Em termos matemáticos, o preço que o

⁵³ “Art. 34. No caso de bens e serviços em geral, é indício de inexecuibilidade das propostas valores inferiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração.

Parágrafo único. A inexecuibilidade, na hipótese de que trata o caput, só será considerada após diligência do agente de contratação ou da comissão de contratação, quando o substituir, que comprove:

I - que o custo do licitante ultrapassa o valor da proposta; e

II - inexistirem custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta.”

⁵⁴ Nas ciências econômicas, “o custo de oportunidade de um item é aquilo de que você abre mão para obtê-lo”, isto é, trata-se de uma vantagem que se auferiria caso um curso de ação diferente fosse tomado (Mankiv, 2013, p. 6).

licitante ofertará será *diretamente proporcional* aos seus custos, diretos e indiretos, de prestação do serviço, e *inversamente proporcional* aos benefícios que ele poderia auferir a partir das oportunidades negociais que nascem com a condição de contratante da administração.

De fato, são vários os exemplos de custos de oportunidade, isto é, oportunidades que o licitante perderia caso sua proposta não seja selecionada pela administração, que se traduzem em reduções do preço. Como citado por Renato Fenili, o ex-secretário de Gestão e signatário da mencionada instrução normativa federal,⁵⁵ o interesse em obter atestados de capacidade técnica é uma justificativa legítima para reduções do preço ofertado, porque executar aquele contrato a contento, ainda que sem lucro, permitirá à empresa participar de novas licitações para contratos ainda mais vultosos. Do mesmo modo, podem ser citadas as vantagens que podem advir da obtenção de um volume alto de serviços e contratos, caso das agências de viagem que, com os contratos públicos, conseguem negociar altos descontos e comissões com as companhias aéreas na compra de passagens, inclusive para outros contratantes além da administração. Há, ainda, o caso mais comum em que o futuro contratado para serviços de intermediação ou de fornecimento de cartões (vale-alimentação, vale-combustível etc.) tem interesse em ofertar à administração taxas zero ou mesmo negativas, porque cobrará comissões dos estabelecimentos credenciados em que os cartões serão utilizados.

Vale mencionar, por fim, que, na demonstração desses custos de oportunidade, o licitante terá que apresentar à administração seu plano de negócios, demonstrando como pretende auferir as receitas que justificam o oferecimento de preços tão baixos no certame. No entanto, não cabe à administração exigir que o licitante detalhe em minúcias o plano de negócios, bastando que fique demonstrado aos agentes públicos responsáveis que há *racionalidade econômica em sua proposta*, isto é, deve restar evidenciado que executar fielmente o contrato com aquelas bases econômicas lhe é interessante à luz de seus objetivos negociais, especialmente porque auferirá benefícios, em razão da contratação, diferentes da simples

⁵⁵ Em vídeo explicativo do dispositivo disponível no *Portal de Compras do Governo Federal*, o ex-secretário de Gestão e signatário da mencionada instrução normativa, Renato Fenili, indicou os seguintes custos de oportunidade do licitante: “A Lei 8.666 traz, como baliza única, a aferição do custo do licitante, negligenciando, esquecendo que podem existir sim custos de oportunidade. É uma tentativa da empresa desovar estoque, é uma tentativa da empresa entrar numa transação em que ela vai ter até um pouco de prejuízo, mas eventualmente ela pode conseguir um atestado de capacidade técnica que vá, sim, abrir portas, que vá servir como um mitigador de barreiras de entrada em licitações futuras. Então, nesse caso, há de se verificar essa dupla condição, assim: a verificação na dimensão de custo e a verificação na dimensão de custo de oportunidade” (Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/midias/Art.34.mp4>. Transcrição livre. Acesso em: 19 dez. 2023).

contraprestação paga pelo poder público, afastando os indícios de inexequibilidade. Isso porque um detalhamento excessivo poderia violar a livre iniciativa, colocar em risco segredos comerciais e ir de encontro ao entendimento do TCU de que é a inexequibilidade que deve ser cabalmente comprovada, não o contrário.

5 Considerações finais

As alterações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 e seus regulamentos à sistemática de verificação de (in)exequibilidade de propostas de preço vêm no sentido de consolidar algumas tendências jurisprudenciais que já eram observadas sob a Lei nº 8.666/1993. Entre essas tendências, destaca-se a natureza relativa das presunções legais de inexequibilidade. Como se elucidou ao longo deste artigo, sempre se deve admitir que o licitante demonstre que sua proposta de preço, embora inferior aos patamares presuntivos legais ou regulamentares, é dotada de racionalidade econômica e, portanto, é exequível.

Nesse sentido, demonstrou-se que (i) a presunção absoluta de inexequibilidade iria de encontro ao princípio da motivação, porque implicaria desclassificação da proposta do licitante sem que fossem apontados os motivos técnicos ou econômicos da incompatibilidade da proposta com os objetivos da licitação; (ii) a não aceitação de preços abaixo do custo estimado, mesmo diante da possibilidade de comprovação de sua exequibilidade, violaria o princípio da vantajosidade; (iii) a presunção absoluta de inexequibilidade muito se assemelharia, na prática, à lógica dos preços mínimos e dos preços-base que a Lei nº 8.666/1993 buscou combater, em reação às práticas anteriores à edição; (iv) a presunção absoluta conferiria à pesquisa de mercado, feita pela administração para chegar ao orçamento estimado, um valor absoluto, enquanto a prática revela que há enormes dificuldades em realizar pesquisas de preço adequadas; (v) a presunção absoluta impediria inovações redutoras de custos pelos contratados e impediria que a administração se beneficiasse, por meio de preços mais baixos, dos lucros que o particular contratado poderá ter com os benefícios indiretos da contratação; por fim, (vi) os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência permitem a livre definição, pela sociedade empresária licitante, de suas estratégias negociais e de diferentes modelos de negócios capazes de gerar benefícios tanto para o contratante quanto para o contratado, não podendo a administração licitante se imiscuir em decisões de ordem estratégica ou econômica das empresas.

Ainda assim, o novo regime jurídico trouxe algumas dúvidas sobre a aplicação dessa presunção. A primeira questão envolve definir se subsistiria, sob a Lei nº 14.133/2021, a possibilidade de desclassificação

automática de propostas de preço simbólico, irrisório ou de valor zero, o que, conforme se explicou, era um resquício de presunção absoluta na Lei nº 8.666/1993 (constante de seu artigo 44, §3º) – sob a qual as presunções também eram, em regra, relativas. Demonstrou-se que o histórico legislativo e jurisprudencial sobre o tema indicam que a não reprodução do dispositivo da lei revogada representou silêncio eloquente legislativo, de modo que não subsiste qualquer resquício de presunção absoluta na Lei nº 14.133/2021, e mesmo propostas de preço simbólico, irrisório ou zero não podem ser desclassificadas sem que se dê ao licitante a oportunidade de demonstrar a sua exequibilidade.

A segunda questão envolve a natureza da presunção de inexequibilidade no caso de obras e serviços de engenharia, considerando que uma leitura isolada dos dispositivos legais e regulamentares sobre o tema poderiam conduzir ao entendimento de que, caso o licitante indique preço inferior a 75% do valor orçado pela administração, sua proposta seria sempre desclassificada, em presunção absoluta. Essa leitura foi recentemente abarcada no Acórdão nº 2.198/2023 do TCU. Explicitou-se, porém, que se trata de uma interpretação equivocada dos dispositivos legais pertinentes, que não excepcionam a necessidade de realização de diligências, antes de qualquer desclassificação por inexequibilidade, mesmo no caso de obras e serviços de engenharia. Por fim, a terceira questão que merece atenção no novo regime envolve a definição da expressão “custos de oportunidade capazes de justificar o vulto da oferta” que consta do artigo 34, parágrafo único, inc. II da IN SEGES nº 73/2022. Sustentamos que se buscou captar, com a expressão, as perdas de oportunidades negociais a que o licitante teria acesso caso fosse o vencedor da licitação, que justificam o oferecimento de preços baixos. Assim, o licitante, ao justificar a exequibilidade de sua proposta, poderá indicar plano de negócios em que preveja receitas a que só poderá ter acesso pela obtenção do contrato público, como aquelas decorrentes de economias de escala, da obtenção de atestados de capacidade técnica e da cobrança de taxas ou de comissões de terceiros.

É importante que os órgãos de controle, desde este estágio inicial de aplicação da nova lei, compreendam corretamente esses pontos, que explicitam a adoção da presunção relativa de inexequibilidade pelo novo regime jurídico. O supracitado Acórdão nº 2.198/2023 do TCU revela o início de possíveis divergências interpretativas sobre o assunto que não levam em consideração todo o histórico normativo e jurisprudencial que culminou na Nova Lei de Licitações – espera-se que tenha sido decisão pontual.

Recebido em: 27.02.2024.

Aprovado em: 31.05.2024.

“Too much alms, does the saint suspect?” The feasibility of proposals in the New Tender Law

Abstract: This article analyzes the legal regime for disqualification of proposals due to unenforceability in the New Brazilian Law on Tenders and Administrative Contracts. The normative and jurisprudential history of the topic is studied and also the debate between the relative and absolute nature of legal and regulatory presumptions of unenforceability. Furthermore, we face three legal problems that have been giving rise to debates and interpretative divergences regarding the new law and its regulation: (i) the legal feasibility of formulating a symbolic, derisory or zero-value price proposal in tenders governed by Law n. 14,133 of 2021; (ii) the nature of the presumption of unenforceability of price proposals lower than 75% of the value budgeted by the Administration in cases of engineering works and services, especially in light of the recent Decision No. 2,198/2023 of the Federal Audit Court – TCU, which appears to have signaled a possible jurisprudential turn on the subject; and (iii) the interpretation of the concept of “opportunity costs” contained in the federal regulations of the new law (and reproduced in several state regulations).

Keywords: New Bidding Law. Feasibility of proposals. Symbolic price. Opportunity costs.

Referências

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2018.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta]teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARBOSA, Túlio Bastos. Preços nas licitações públicas. In: TORRES, Ronny Charles L. de (coord.). *Licitações públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.

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. In: RONNY CHARLES. [S. l.], 2021. Disponível em: <https://romnycharles.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-95-1998/>. Acesso em: 20 de março de 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Corte Especial). REsp 956.943/PR. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 20 de agosto de 2014. *Dje*: Brasília, DF, 2014a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 1.244/2018*. Relator: Min. Marcos Bemquerer, 30 de maio de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 141/2008*. Relator: Min. Ubiratan Aguiar, 13 de fevereiro de 2008a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 2.198/2023*. Relator: Min. Antonio Anastasia, 25 de outubro de 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 2.525/2019*. Relator: Min. André de Carvalho, 16 de outubro de 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 3.092*. Relator: Min. Bruno Dantas, 12 de novembro de 2014b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 552/2008*. Relator: Min. Raimundo Carreiro, 2 de abril de 2008b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 571/2013*. Relator: Min. Benjamin Zymler, 20 de março de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 739/2021*. Relator: Min. André de Carvalho, 31 de março de 2021.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. O risco da inexecutabilidade de propostas com taxa nula ou negativa na contratação de serviço de agenciamento de passagem aérea pela administração pública e Sistema S. *RJML*, [S. l.], v. 12, n. 49, 2018.

FELINI, Renato. Artigo 34 da IN SEGES/ME nº 73/2022 (vídeo). *Portal de Compras do Governo Federal*, 21 nov. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/midias/Artigo34.mp4>. Acesso em: 19 dez. 2023.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Competência da Anvisa e a regulamentação da propaganda. *RDA*, [S. l.], v. 251, 2009.

FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1.

FURTADO, Madeline Rocha. A inexecutabilidade dos preços. *Fórum de Contratação e Gestão pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, jul. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Artigo 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *RDA*, [S. l.], p. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas* (Lei nº 14.133/2021). São Paulo: RT, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (Lei nº 8.666/1993). 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 5, n. 23, 2004.

MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. 6. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. 3. ed. São Paulo: RT, 1981.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, [S. l.], n. 24, 2010.
- NÓBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação – Inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. *RDPE*, [S. l.], n. 45, 2014.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: prenúncio da “quarteirização” na gestão pública? *Revista do TCU*, [S. l.], n. 116, p. 79/100, 2009.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.
- SIMON, H. A. Invariants of Human Behavior. *Annu. Rev. Psychol.*, [S. l.], v. 41, p. 1-19, 1990.
- TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 14. ed. São Paulo: Juspodivm, 2023.
- VARIAN, Hal. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.
- VIEIRA, Antonieta Pereira et al. *Gestão de contratos de terceirização na administração pública: teoria e prática*. 4. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORDÃO, Eduardo; CUNHA, Luiz Filipe. “Esmola demais, o santo desconfia?” A exequibilidade de propostas na Nova Lei de Licitações. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 26, n. 145, p. 71-100, maio/jun. 2024.
