

Coordenação:

MATHEUS CARVALHO | BRUNO BELÉM | RONNY CHARLES

TEMAS CONTROVERSOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

ANDERSON SANT'ANA PEDRA
ANTÔNIO FLÁVIO DE OLIVEIRA

BRUNO BELÉM

CAROLINE ARGOLO

FÁBIO ROQUE ARAÚJO

FABRÍCIO MACEDO MOTTA

HAMILTON BONATTO

HELOÍSA HELENA ANTONACIO M. GODINHO

IRENE PATRÍCIA NOHARA

MÁRCIO CAMMAROSANO

MARCOS NÓBREGA

MATHEUS CARVALHO

PAULO GERMANO MOREIRA NEVES DA ROCHA

RAFAEL SÉRGIO DE OLIVEIRA

RONNY CHARLES LOPES DE TORRES

VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM

2025

2ª edição revista, atualizada e ampliada

 EDITORA
JusPODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

IV

OS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA INEXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Rafael Sérgio de Oliveira¹

Sumário: Introdução; 1. Os Fundamentos da Desclassificação das Propostas Inexequíveis; 2. O tradicional regime brasileiro de desclassificação das propostas por inexequibilidade; 2.1. A inexequibilidade das propostas de acordo com o art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, 2.1.1. A aferição da exequibilidade das propostas nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia na Lei nº 8.666, de 1993; 2.2. A inexequibilidade das propostas de acordo com o art. 24 da Lei do RDC; 3. O tratamento da proposta inexequível na lei nº 14.133, de 2021: 3.1. Há diferença entre as hipóteses dos incisos III e IV art. 59 da nova LLCA?, 3.2. Do requisito da manifesta inexequibilidade dos preços, 3.3. Da possibilidade de o condutor do certame realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas (art. 59, § 2º, da Lei nº 14.133, de 2021), 3.4. Da necessidade do contraditório para a rejeição da proposta inexequível, 3.5. Dos critérios de aferição da inexequibilidade, 3.5.1. O critério de exequibilidade das propostas nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente texto busca investigar as alterações ocorridas no regime de aferição e desclassificação das propostas inexequíveis no bojo da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – LLCA, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

O Brasil inaugurou com este diploma uma nova ordem de contratação pública em solo nacional. Esse novo momento resulta de um movimento iniciado em 2013 no Senado Federal, cujo principal objetivo é a modernização do sistema de compras governamentais das entidades de

1 Procurador Federal da AGU. Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito da Contratação Pública pela Universidade de Lisboa. Participante do Programa Erasmus+ na Università degli Studi di Roma. Fundador do Portal L&C. Palestrante e Professor em diversos cursos de pós-graduação no Brasil. Co-autor, juntamente com Prof. Victor Amorim, do livro *Pregão Eletrônico: Comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019*, publicado pela Editora Fórum, 2020.

direito público nacional. A Lei nº 14.133, de 2021, vem para revogar a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Entretanto, apesar de ter entrado em vigor já na data de sua publicação (art. 194), a nova LLCA conviveu, até 30 de dezembro de 2023, com o regime antigo (art. 193, II), isso porque se fez a opção de uma vigência imediata da nova lei com a possibilidade de escolha dos gestores públicos entre um regime e outro durante esses 2 (dois) primeiros anos de existência do novel sistema legal (art. 191) que foi postergado mediante alteração legislativa posterior.

Por isso, já é hora de nos dedicarmos a essa nova lei. Obviamente que, em matéria de licitação, ganha-se relevância a questão do julgamento das propostas. Esse é um tema que quase sempre é estudado do ponto de vista dos critérios de decisão para a seleção da oferta mais vantajosa para a Administração Pública. Porém, para além disso, há de se questionar acerca da viabilidade da proposta dos licitantes. A seleção e adjudicação de uma proposta que não assegura a entrega do objeto contratado ocasiona sérios riscos ao interesse público.

O regime nacional, assim como os alienígenas, conta com um sistema de averiguação da exequibilidade das propostas. O modelo brasileiro tem evoluído, seja por impulso da jurisprudência, seja em razão de entendimentos doutrinários. A Lei nº 14.133, de 2021, parece ter mantido o mesmo padrão das suas antecessoras no trato da matéria.

Dada a relevância desse tema para as contratações públicas, o presente artigo busca investigar o tratamento das propostas inexequíveis na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Para tanto, discute-se os fundamentos da desclassificação das ofertas por inexequibilidade, bem como se faz uma comparação entre o modelo do tradicional regime e o da nova lei. Ressalta-se que essa prática de desclassificação das propostas inviáveis não é típica do Brasil, havendo modelos de outros países e de organizações internacionais que muito podem contribuir para o aprimoramento do sistema nacional.

1. OS FUNDAMENTOS DA DESCLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS INEXEQUÍVEIS

A questão da eliminação das propostas inexequíveis causa sempre uma certa polêmica. Primeiro porque é um aspecto que se relaciona com a disponibilidade patrimonial das empresas que se candidatam a

contratar com o Poder Público. Segundo porque há um elemento de difícil percepção por parte da Administração Pública.

Em relação ao primeiro aspecto, sabe-se que é fundamento da ordem constitucional pátria a livre iniciativa (art. 1º da Constituição da República). A Constituição de 1988 repete esse cânone quando do tratamento da ordem econômica, enunciando que esta última é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170). Pois bem, se há livre iniciativa, os operadores econômicos são livres para gerir seus negócios sem a possibilidade de intervenção pública em suas iniciativas, sobretudo no que se refere à liberdade econômica de os empresários definirem os valores dos seus negócios. Nesse aspecto, Marçal Justen Filho aponta que o Estado não poderia impedir, inclusive, a benemerência de atores econômicos para com o Poder Público², pelo que seria admissível propostas deficitárias ou com lucratividade consideravelmente baixa.

Ocorre, entretanto, que eventuais liberalidades para com o Poder Público não podem deixar em risco a satisfação do interesse estatal perseguido pela pretensão contratual. Ademais, há diversos casos em que a anormalidade da oferta não decorre de uma ação deliberada de benevolência para com a Administração Pública ou até mesmo de um ato empresarial estratégico. Diversos são os casos em que o preço anormalmente baixo parte de uma debilidade da empresa, que tenta angariar faturamento por meio de contratos para com o Poder Público.

É nesse sentido que se admite a exclusão em certames contratuais de propostas cujos preços se constatem inexequíveis. Há, aqui, uma medida de tutela do interesse público perseguido pela contratação³, assim como uma proteção do próprio erário, pois é sabido que o barato tende a sair caro. Ou seja, o poder de desclassificação estatal de uma proposta cujo valor é inexequível é essencial para a proteção ao interesse público.

Pode-se argumentar que tal potestade do Estado seria uma intervenção da Administração Pública nos negócios privados. Todavia, deve-se lembrar que uma licitação envolve questões negociais do Estado e que a formação de um contrato engloba riscos para ambas as partes.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1019.

3 Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernandez. **Direito da Contratação Pública**. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 281.

Nesse prumo, mesmo se concebendo o direito dos particulares de se candidatarem a uma contratação pública, é preciso ter em mente que a relação contratual será objeto de uma ponderação, sendo dado ao Poder Público o dever de considerar até que ponto o interesse público admite a assunção de certos riscos decorrentes do baixo valor da proposta.

Ressaltamos que há situações nas quais os mecanismos legais de exigência das obrigações do contratado são inefetivos. Isto é, mesmo que, por exemplo, se adote uma matriz de risco (arts. 22 e 103 da Lei nº 14.133, de 2021) e que se aplique as prerrogativas da Administração no contrato (art. 104) não se é possível forçar o contratado a cumprir minimamente o ajustado. Esse é o caso das propostas inexequíveis, razão pela qual o Direito da Contratação Pública admite que a Administração venha a desclassificar uma proposta cujo preço não garante a execução do objeto a ser contratado.

Como já anunciado anteriormente, essa possibilidade de exclusão de propostas não é privativa do Direito brasileiro. Trata-se de prática internacional. No Direito europeu, por exemplo, a exclusão das propostas cujos preços se apresentam anormalmente baixo está prevista no art. 69º da Diretiva 2014/24/UE. Em âmbito internacional: a) a Lei Modelo da Comissão sobre Direito Comercial Internacional das Nações Unidas, a *Uncitral*⁴, prevê em seu art. 20 a possibilidade de rejeição de propostas com preços anormalmente baixos; b) o Acordo de Contratações Públicas da Organização Mundial do Comércio também admite a desclassificação de propostas com preços inexequíveis (art. XV, nº 6); e c) o Banco Mundial tem um guia no qual aponta mecanismos de identificação e tratamento de preços baixos nos certames em que se pretende contratar com recursos oriundos de seus empréstimos⁵.

Em relação ao guia do Banco Mundial, ele expressa um dos principais problemas da desclassificação das propostas com valores anormalmente baixos, que é a dificuldade de a Administração conseguir detectar se a proponente, de fato, não tem condições de bem executar o contrato nos termos da oferta apresentada. E, aqui, entra a outra objeção a essa prática. Seria de se advogar a impossibilidade de o Estado desclassificar

4 *United Nations Commission on International Trade Law – Uncitral.*

5 WORLD BANK. **Abnormally Low Bids and Proposals: guide to identification and treatment of Abnormally Low Bids and Proposals.** 2 ed. World Bank: Washington, 2016. Disponível em: <<https://pubdocs.worldbank.org/en/780841478724671583/Guidance-on-ALB-FINAL.pdf>>.

propostas em razão do baixo preço ofertado, já que a inexequibilidade é de difícil constatação?

A resposta, obviamente, caminha no sentido do não. É sabido que a decisão pela inexequibilidade de um valor da proposta pode ser facilmente questionada em razão, até mesmo, de um certo nível de subjetividade. Entretanto, o ponto em análise, como já exposto, abarca outros riscos capazes de justificar a eliminação da proposta. Ademais, já há algumas técnicas capazes de se aproximar da essência da inexequibilidade da proposta⁶. O que se deve ter em mente é que se trata de uma medida de exceção⁷, só sendo aplicável nos casos em que os elementos apresentados à Administração indiquem que, de fato, trata-se de oferta capaz de acarretar a inexecução contratual.

2. O TRADICIONAL REGIME BRASILEIRO DE DESCLASSIFICAÇÃO DAS PROPOSTAS POR INEXEQUIBILIDADE

O tradicional regime de licitação das entidades de direito público nacionais é radicado na Lei nº 8.666, de 1993, com a aplicação concorrente de outros diplomas, que, geralmente, são um tanto quanto lacunosos e, por isso, valem-se da aplicação subsidiária dessa lei.

O maior exemplo do retratado no parágrafo anterior é o pregão, que é, predominantemente, regido pela Lei nº 10.520, de 2002, a Lei do Pregão, mas com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 1993 (art. 9º da Lei do Pregão).

Por isso, mesmo com a ciência de que o tradicional regime de licitação brasileiro está espreado em diversos diplomas legais, elege-se como representante do sistema tradicional o regime de exclusão das propostas por inexequibilidade previsto no art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993. A Lei do Pregão não traz um regramento sobre esse aspecto, motivo pelo qual se aplica a essa modalidade o regime de exclusão da própria Lei nº 8.666, de 1993. Tece-se, aqui, algumas considerações em relação à Lei nº 12.462, de 2011, a Lei do Regime Diferenciado de

6 Cf. WORLD BANK. **Abnormally Low Bids and Proposals: guide to identification and treatment of Abnormally Low Bids and Proposals**. 2 ed. World Bank: Washington, 2016. Disponível em: <<https://pubdocs.worldbank.org/en/780841478724671583/Guidance-on-ALB-FINAL.pdf>>.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1018.

Contratações Públicas – RDC, e o seu sistema de exclusão das propostas com preços anormalmente baixos.

2.1. A inexecuibilidade das propostas de acordo com o art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993

Os casos de desclassificação das propostas no regramento das licitações das entidades de direito público brasileiras estão no art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, que tem o seguinte texto:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços **manifestamente inexecuíveis**, 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.

§ 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.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas «a» e «b», será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (grifo do autor)

Em linhas gerais, a Lei nº 8.666, de 1993, impõe a desclassificação das propostas: a) nos casos em que ela se apresente em desconformidade com as exigências do ato convocatório; b) nas situações em que o preço ofertado for superior ao máximo estabelecido no edital (art. 40, X, da Lei nº 8.666, de 1993); e c) na hipótese em que o preço ofertado for manifestamente inexecuível.

Primeiramente, é de se perceber que a legislação brasileira positivava o entendimento mencionado no tópico anterior, no sentido de que a exclusão de proposta por inexecuibilidade só pode ter lugar como medida de exceção. Por isso, o regramento só admite a rejeição da proposta pela anormalidade do seu preço baixo quando ficar *manifestamente* comprovado que o valor da oferta não viabiliza o cumprimento do contrato.

O inciso II do art. 48 ainda traz um indicativo dos critérios a serem considerados para a aferição da inexecuibilidade. Seriam esses: a) a adequação entre os custos dos insumos necessários para a execução da proposta com os valores de mercado; e b) a compatibilidade dos coeficientes de produtividade com a execução do objeto contratual. Enxerga-se, nesses parâmetros, critérios muito limitados. Não resta dúvida de que não são apenas os valores dos custos e a produtividade a ser impressa pelo proponente que são capazes de impactar no seu preço. Há tantos outros fatores capazes de justificar o valor da oferta. Nesse prumo, Ronny Charles Lopes de Torres aponta que os critérios legais de averiguação da inexecuibilidade não são absolutos⁸.

O que o Direito não admite é o uso de critérios aleatórios ou subjetivos. A rigor, o inciso II do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que essas condicionantes de exclusão da proposta estejam “especificadas” no edital. Vale ressaltar o termo utilizado pela lei, exigindo uma especificação dos critérios de rejeição da proposta por inexecuibilidade. O termo “especificação” já indica um nível de objetividade. No caso, não se pode esquecer que a aferição da inexecuibilidade é também um juízo que faz parte da etapa de julgamento das propostas e que deve ser orientado pelo princípio do julgamento objetivo (art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993).

Ressalvado o caso das obras e dos serviços de engenharia, que contam com um critério legal matemático de detecção da inexecuibilidade das ofertas (§ 1º, do art. 48, da Lei nº 8.666, de 1993), o inciso II do art. 48 não trabalha com uma objetividade absoluta. Há sempre um juízo racional a ser desenvolvido pela Comissão de Licitação ou pelo Pregoeiro, mas não há um critério matemático absoluto. O que se há de fazer é ter em conta todos os elementos capazes de influir na execução do contrato

8 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 579.

para ponderar se o preço ofertado é capaz de conduzir ao cumprimento das obrigações.

Salientamos que o inciso II do art. 48 em comento exige, ainda que de forma implícita, que o proponente tenha a oportunidade de defender a viabilidade do seu preço. Ou seja, não seria possível a eliminação sumária da proposta sem dar ao ofertante o direito de demonstrar a sua exequibilidade. Vê-se que o inciso II conceitua o “preço manifestamente inexecutável” como aquele em relação ao qual “não venham a ter demonstrada sua viabilidade”. Obviamente que a incumbência de comprovação da higidez da proposta é do competidor. Então, essa demonstração cabe a ele. De modo que deve a Administração, diante de uma suspeita de inviabilidade do preço, solicitar ao proponente que demonstre que o seu preço é viável. Registre-se que essa exigência de instalação do contraditório como condição para a rejeição da proposta é posta na jurisprudência do Tribunal de Contas da União – TCU. Vejamos:

Pregão para contratação de serviços: por constituir presunção relativa, suposta inexecutabilidade de proposta comercial de licitante não autoriza imediata desclassificação, excetuando-se situação extremas nas quais a Administração Pública se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero⁹.

Conforme já anunciado, a Lei nº 8.666, de 1993, traz um regramento de aferição da exequibilidade dos preços para as propostas relacionadas às aquisições e aos serviços em geral e outro para a averiguação das propostas ofertadas para a execução de obras e serviços de engenharia.

No caso das compras e dos serviços em geral, a lei não traz nenhum critério matemático específico. Consoante já exposto em linhas atrás, nessas situações, cabe ao gestor definir os critérios de detecção da viabilidade do preço de forma racional no edital.

A seguir, abre-se um subtópico para explicar a regra do art. 48, § 1º da Lei nº 8.666, de 1993, o qual versa sobre a inexecutabilidade das propostas de obras e serviços de engenharia.

9 Acórdão nº 2068/2011 – Plenário do TCU.

2.1.1. A aferição da exequibilidade das propostas nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia na Lei nº 8.666, de 1993

O § 1º do art. 48 em estudo traz um critério mais rígido para a constatação da inexecuibilidade das propostas apresentadas nos certames relativos a obras e serviços de engenharia. A Lei nº 8.666, de 1993, estabelece que, nesses casos, são inexequíveis os preços inferiores a 70% (setenta por cento) do menor valor entre: a) o preço estimado pela Administração; e b) a média aritmética de todas as propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração.

Percebe-se, aqui, uma maior preocupação com as obras e os serviços de engenharia. Além disso, é sabido que para esses objetos há um maior conhecimento dos seus custos, o que já indicaria a possibilidade de determinação de um limiar a definir a inexecuibilidade das propostas.

Ocorre, no entanto, que esse critério matemático não pode sofrer uma interpretação rígida. No âmbito do TCU, essa orientação foi inclusive sumulada. A Súmula nº 262 da Corte de Contas federal é cristalina ao estabelecer que esse critério aponta para uma presunção relativa, valendo neste caso a mesma regra de que se deve abrir para a proponente a possibilidade de demonstrar a viabilidade do preço. Vejamos:

Súmula nº 262 do TCU

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.

Cabe dizer que essa orientação de instalação do contraditório é válida mesmo nesta hipótese em que a lei fixa um percentual para indicar uma presunção de inexecuibilidade. O fato é que há sempre uma assimetria de informação entre a Administração e os operadores econômicos. Isso implica dizer que a diversidade do mercado não permite que a Administração possa, mesmo no caso das obras e dos serviços de engenharia, formar convicção quanto à manifesta inexecuibilidade da proposta por meio de um percentual definido na legislação¹⁰. A rigor,

10 No Direito europeu é referência o Acórdão *Lombardini/Mantovani* (Processos C-285/99 e C-286/99), no qual o Tribunal de Justiça da União Europeia definiu que é possível que a legislação dos Estados-Membros defina um percentual de presunção de inviabilidade econômica das

temos aí um caso de contraditório/diligência obrigatória, mas não uma situação de rejeição automática da proposta.

Ainda tratando do caso específico das obras e dos serviços de engenharia, o § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, determina uma garantia adicional para a assinatura do contrato quando a proposta vencedora tiver valor global inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor entre aqueles a que fazem referência as alíneas *a* e *b* do § 1º do mesmo artigo. Perceba que essa é uma garantia adicional. Ou seja, além dela será exigida ainda a garantia prevista no contrato. Essa garantia adicional será ofertada dentro das modalidades previstas no art. 56 e terá o valor correspondente à diferença entre o preço da proposta e o menor dos valores entre aqueles previstos nas alíneas do § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993.

2.2. A inexecuibilidade das propostas de acordo com o art. 24 da Lei do RDC

A Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC também traz um regime de rejeição das propostas cujos preços sejam considerados inexecuíveis. O art. 24 deste diploma proscreve os casos em que as propostas deverão ser desclassificadas, sendo a anormalidade do preço baixo uma das hipóteses. Diz o dispositivo:

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

II - não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;

III - apresentem preços manifestamente inexecuíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;

IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou

V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

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

propostas, mas, uma vez atingido esse limiar, deve a autoridade adjudicatória instalar o contraditório e admitir que a proponente demonstre a exequibilidade do seu preço.

§ 2º A administração pública poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, na forma do inciso IV do *caput* deste artigo.

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento.
(grifo do autor)

Inicialmente, o que se percebe do texto legal transcrito é que ele parece colocar a inexecuibilidade em duas situações distintas, que seriam: a) aquela que é manifesta (inciso III do art. 24); e b) a que não é manifesta, mas gera suspeita e não tem sua viabilidade demonstrada pelo licitante (inciso IV do art. 24).

Essa distinção de tratamento legal da inexecuibilidade, inclusive considerando o aspecto topográfico (as hipóteses estão postas em incisos diferentes), poderia causar a ideia de que não seria necessária a instalação do contraditório nos casos em que a inexecuibilidade fosse manifesta.

Entretanto, como exposto no tópico anterior, essa regra de submissão do juízo de inexecuibilidade da Administração ao contraditório foge dos contornos da literalidade legal, sendo um comando decorrente de cânones caros a licitação, como é o caso da busca pela proposta mais vantajosa e do princípio da competitividade¹¹. Por isso, não se pode dizer que ela seria afastada no caso do inciso III do art. 24 da Lei nº 12.462/2011.

Ademais, o próprio regulamento do RDC, o Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, impõe a oitiva do proponente nas licitações para obras e serviços de engenharia nos casos de eliminação das propostas que não alcancem o percentual de 70% (setenta por cento) do orçamento estimado pela Administração ou da média das propostas ofertadas no certame com valores superiores a 50% (cinquenta por cento) do estimado (§ 1º do art. 41). Ou seja, apesar de a Lei nº 12.462, de 2011, não trazer o critério rígido do § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, o regulamento do RDC reproduziu esse parâmetro matemático nos termos da Súmula nº 262 do TCU.

11 Ressaltamos que esse comando é até mesmo uma prática muito comum no Direito Comparado: CARANTA, Roberto. **I Contratti Pubblici**. 2 ed. Torino: Giappichelli, 2012, p. 496. Relembramos o Acórdão *Lombardini/Mantovani* (Processos C-285/99 e C-286/99), do qual o Tribunal de Justiça da União Europeia, que impõe o contraditório para a constatação da proposta inexecuível.

Ora, se no caso em que a legislação prevê um critério matemático rígido ela impõe o contraditório, como não o exigiria em uma situação em que a lei usa um termo repleto de indeterminação de sentido (manifesta inexecuibilidade)? Obviamente que a oportunidade de o proponente demonstrar a viabilidade de sua proposta também se faz presente no caso do inciso III do art. 24 em estudo. Essa conclusão também se infere do § 2º do art. 24 que dá poderes à Administração de fazer diligências para decidir acerca da exequibilidade, assim como também garante a oitiva do ofertante para que ele demonstre a adequação do seu preço.

A Lei nº 12.462, de 2011, só traz os critérios a serem considerados para esta decisão no caso de obras e serviços de engenharia. O § 3º do art. 24 diz que devem ser considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes. Ainda assim, vale a lição já exposta quando da abordagem do regime da Lei nº 8.666, de 1993, no sentido de que esses critérios legais são exemplificativos, devendo a Administração considerar qualquer explicação substancial da proponente.

3. O TRATAMENTO DA PROPOSTA INEXEQUÍVEL NA LEI Nº 14.133, DE 2021

A relevância da exposição dos regimes que antecedem a nova LLCA se deve a dois fatos: a) o conhecimento da situação passada é fundamental para a compreensão do novo regime; e b) até 30 de dezembro de 2023 o regime tradicional ainda esteve vigente para as licitações cuja Administração opte por aplicá-lo e continuará sendo aplicado aos contratos firmados nesta regra.

No que diz respeito aos regimes já vigentes, a análise das normas de desclassificação das propostas inexecuíveis na Lei nº 14.133, de 2021, sinalizam claramente uma inspiração – para não dizer cópia – no RDC. Antes de analisar essas regras, é necessário apenas realçar que o art. 11 da nova lei determina que um dos objetivos da licitação é evitar contratação “com preços manifestamente inexecuíveis” (inciso III). É no art. 59 que o diploma de 2021 estabelece o regramento de desclassificação das propostas, dizendo:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contiverem vícios insanáveis;

II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;

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

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

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

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

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do *caput* deste artigo.

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

§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas 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.

Como se percebe, esse dispositivo é quase uma cópia do art. 24 da Lei do RDC. Poucas foram as alterações empreendidas nesta lei nova em relação ao sistema de rejeição das propostas com preços anormalmente baixos quando o comparamos com o dispositivo equivalente da Lei nº 12.462, de 2011.

Vejamos por tópicos o regramento desse novo sistema.

3.1. Há diferença entre as hipóteses dos incisos III e IV art. 59 da nova LLCA?

Reputamos que essa análise deve ser feita logo de partida. Uma leitura apressada da lei pode levar à compreensão de que há diferença de tratamento da inexecutabilidade no inciso III e no IV. Entretanto, nada indica essa distinção. De início, logo dissemos que ambas recebem o mesmo tratamento jurídico, não havendo qualquer diferença entre uma e outra.

Ao contrário do que ocorria na Lei nº 12.462, de 2011, o inciso III do art. 59 da Lei nº 14.133, de 2021, não se refere a uma inexecutabilidade manifesta, o que não significa dizer que esse requisito deixou de ser exigido (tópico 3.2 deste capítulo). Tanto o inciso III como o inciso

IV falam de preço inexequível, sendo que o primeiro dá a entender que a Administração poderia rejeitar a proposta liminarmente, sem concessão do direito de defesa ao licitante.

Tal entendimento, entretanto, fere de morte princípios caros ao Direito da Contratação Pública, motivo pelo qual é de se rejeitar qualquer compreensão nesse sentido. Por isso, é preciso se dizer que a proposta só poderá ser recusada pela sua inviabilidade econômica se o seu autor não conseguir demonstrar sua exequibilidade. Isso significa dizer que sempre prevalecerá a hipótese do inciso IV do art. 59, motivo pelo qual ressaltamos que a dupla previsão da recusa ao preço inviável no art. 59 da LLCA não indica hipóteses distintas. A rigor, se pode dizer que o inciso IV é uma complementação do previsto no inciso III em relação à rejeição do preço inexequível.

3.2. Do requisito da manifesta inexequibilidade dos preços

Uma mudança a ser apontada é a de que o inciso III do art. 59 da nova LLCA não se refere mais à desclassificação das propostas que “apresentem preços manifestamente inexequíveis”, como era no inciso III do art. 24 da Lei do RDC. No novo regime, o adjetivo “manifestamente” foi suprimido do art. 59, III. Tal supressão poderia indicar uma modificação substancial desse aspecto na nova lei. Porém, deve-se lembrar a lição de Marçal Justen Filho, no sentido de que a eliminação de proposta pela sua inexequibilidade é medida excepcional, só merecendo espaço nos casos em que restar patente para a Administração que a oferta não possui viabilidade econômica¹².

Além disso, a indispensabilidade do requisito de manifesta inexequibilidade pode ser verificada dentro dos dispositivos da própria Lei nº 14.133, de 2021. Como já dito, o art. 11, inciso III, da nova LLCA diz que um dos objetivos da licitação é evitar contratações “com preços manifestamente inexequíveis”. Ou seja, continua a exigência de convicção cristalina da inviabilidade do preço para sua rejeição.

Salienta-se que essa exigência vale para o caso do inciso III e para o do inciso IV, ambos do art. 59. Como já dito, não há diferença de tratamento entre uma situação e outra.

12 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 8.666/1993**. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1018.

3.3. Da possibilidade de o condutor do certame realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas (art. 59, § 2º, da Lei nº 14.133, de 2021)

Como já se disse, a possibilidade de rejeição das propostas por preços anormalmente baixos se baseia na tutela do interesse público. Cabe ao gestor, em qualquer missão que execute, buscar garantir a proteção do interesse perseguido pelo Estado.

Nesse prumo, não se pode deixar de reconhecer que o preço baixo também carrega consigo um interesse da Administração no menor dispêndio de recursos públicos no quanto for possível. E aqui vale considerar a finalidade da licitação de perseguir a proposta mais vantajosa para o Estado (art. 11, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021). Assim como também é devido considerar, nesse aspecto, o princípio da competitividade, cujas facetas são: a) garantir isonomia de tratamento entre aqueles interessados em contratar com o Poder Público; e b) proporciona uma eficiência econômica na contratação¹³.

Dentro dessas balizas, percebe-se que a eliminação sumária de uma proposta em razão de sua suposta inexecuibilidade tende a desfavorecer a busca pela proposta mais vantajosa e a competitividade. Em relação à concorrência, realça-se que a rejeição liminar do preço fere a ideia de procura da maior eficiência econômica, na medida em que impossibilita o desenvolvimento de novas metodologias de produção de bens, serviços e obras, assim como impede que os interessados em favorecer o Estado em seus contratos assim o faça.

E, por isso, há um dever de diligenciar acerca da viabilidade do preço nas situações em que o condutor da licitação constatar um potencial de inexecuibilidade na proposta. Essa é a razão do previsto na primeira parte do art. 59, § 2º, da nova LLCA.

3.4. Da necessidade do contraditório para a rejeição da proposta inexecuível

A questão da concessão de oportunidade ao autor da proposta para a defesa de sua viabilidade econômica também está presente na nova

13 Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. Concorrência e Contratação Pública: a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública. In: **Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles**. V. I. Coimbra: Almedina, 2012, p. 479-516.

LLCA. Ressalta-se, aqui, o que já foi exposto no tópico 3.1 deste capítulo, quando se asseverou que não há distinção de tratamento entre os casos do art. 59, incisos III e IV.

Isso significa dizer que a oportunidade de defesa da exequibilidade da proposta do licitante não é concedida apenas na hipótese do inciso IV, como lá se diz. Na verdade, toda rejeição de proposta fundada na inexecuibilidade do seu preço reclama a instalação do contraditório. Como já se disse neste texto, a concessão do contraditório é comando decorrente de cânones caros à licitação, como é o caso da busca pela proposta mais vantajosa (art. 11, I, da nova LLCA) e do princípio da competitividade (art. 5º c/c o art. 11, II, da nova LLCA).

O fato é que há um fosso informacional entre a Administração e o autor da proposta, o que indica que nem sempre o Poder Público tem condições de, por si só, constatar se o preço apresentado é viável ou não. Há neste caso uma assimetria de informação entre a promotora do certame e o proponente. Desse modo, é imprescindível a abertura de oportunidade de defesa, a fim de que o concorrente demonstre sua realidade e a exequibilidade do valor da sua oferta.

Em bom rigor, a instalação do contraditório é uma prática técnica de cognição da proposta do competidor, não sendo apenas um comando de conteúdo jurídico. Em relação a esse ângulo técnico, cabe dizer que o Banco Mundial editou um guia de averiguação das propostas com preços anormalmente baixos, indicando em tal documento os estágios desse procedimento investigativo. Segundo aquela organização internacional, as etapas desse procedimento são: a) identificação; b) clarificação; c) justificativa; d) verificação; e e) decisão¹⁴.

Como é visto na técnica proposta pelo Banco Mundial, há a necessidade de instalação de um momento de diálogo entre a Administração e o proponente, oportunizando-se a este último a apresentação de justificativas para o seu preço (item *c* do parágrafo anterior).

A primeira fase desse processo ocorre com a constatação da Administração de que a proposta tem um potencial de inexecuibilidade. É o que ocorre no caso do § 4º do art. 59, em que a Lei nº 14.133, de 2021,

14 WORLD BANK. **Abnormally Low Bids and Proposals: guide to identification and treatment of Abnormally Low Bids and Proposals**. 2 ed. World Bank: Washington, 2016. Disponível em: <<https://pubdocs.worldbank.org/en/780841478724671583/Guidance-on-ALB-FINAL.pdf>>.