

PARECER JURÍDICO

OBJETO: Análise sobre a inexecuibilidade prevista no art. 59, §4º, da Lei 14.133/2023, aspectos, efeitos concretos e avaliação sobre a aplicabilidade da presunção relativa ou absoluta do dispositivo.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A consulente atua no ramo de execução de obras de infraestrutura e participa de certame público para prestação de serviços. Em certames desta natureza há a etapa de proposta, em que as licitantes ofertam o preço para iniciarem as disputas.

Com o advento da nova Lei de Licitações – Lei 14.133/2023 – houve inclusão do art. 59, §4º, abaixo transcrito, que regulou o tema da inexecuibilidade das propostas:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:
[...]

§ 4º 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 tema já está em debate nos Tribunais de Contas e no Poder Judiciário diante da interpretação concedida em alguns órgãos públicos.

Novas regulamentações geram dúvidas, discussões, e com o tempo serão fruto de unificação de entendimentos. É preciso reconhecer que a aplicação de regras na prática resultam divergências que durante a instituição da Lei não são previsíveis. No entanto, a análise interpretativa da Lei nos reporta à aplicação da relativização da inexequibilidade.

Desde já, opina pela aplicação da inexequibilidade relativa no tocante ao dispositivo. Poderá a consulente/licitante ofertar proposta abaixo do limite previsto de 75% (setenta e cinco por cento). Neste caso não deve existir a desclassificação imediata e automática sem que lhe seja oportunizada a demonstração da exequibilidade. Isso depende-se da leitura conjunta de todo o contexto legal e do dispositivo integral, bem como pela interpretação destas normas.

Em caso de eventual decreto de inexequibilidade, deve a consulente manifestar interesse recursal **imediatamente**, para garantir o direito à apresentação de suas razões, evitando preclusão sobre o tema. Não havendo reforma, o ato administrativo deverá ser atacado via Mandado de Segurança.

Portanto, considerando as regras e princípios, e na esteira da jurisprudência que vem sendo pacificada quanto à inexistência de presunção absoluta da inexequibilidade (antes mesma da nova Lei), é possível a apresentação de proposta inferior a 75% do valor orçado pelo ente público licitante, sendo necessário, contudo, a demonstração da exequibilidade, se exigido for.

2. DA INTERPRETAÇÃO PELA PRESUNÇÃO RELATIVA DE INEXEQUIBILIDADE.

A tese da presunção absoluta é incabível e sua introdução no ordenamento afasta a eficiência do processo licitatório e outros princípios correlatos.

A questão traz inúmeros problemas, como a admissão da existência de um 'preço-base', o conhecimento por outros competidores do preço mínimo antes mesmo da abertura de propostas, e o afastamento da competição ou utilização de benefícios antevistos, como é o caso de ME/EPP, por conhecer o preço (mínimo) de seus concorrentes.

Além disso, impõe de forma absoluta o afastamento da licitante e da própria competição do pleito, impedindo a aplicação de melhores preços, em nítida ofensa ao princípio da ampla competitividade.

A tese da presunção absoluta, portanto, não merece aplicação. Conforme dispõe o renomado doutrinador Marçal Justen Filho, nos comentários à Nova Lei:

“Não é cabível admitir a tese de que seriam desclassificadas, de modo inevitável, as propostas de valor inferior a 75% do valor orçado. Essa orientação, que configuraria uma presunção absoluta de inexecuibilidade, equivaleria à reintrodução no sistema jurídico brasileiro da licitação de preço-base”.

(Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2 ed. Ver e atua. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2023).

Segundo o doutrinador, a presunção é relativa, ou seja, permite prova em contrário. Diz Marçal que *“é presumida como inexecuível até prova em contrário”*.

Dispõe também que a apresentação da proposta nestes termos “não acarreta a desclassificação automática da proposta”, ou seja, deve ser oportunizado ao particular a produção de prova pela exequibilidade (constituir prova em contrário).

A oportunidade concedida é dada através de diligência, instituto também previsto em Lei, no mesmo artigo 59, no inciso IV, e §2º:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

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

§ 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.

A leitura conjunta dos dispositivos e a interpretação literal, histórica e teleológica, nos reporta à possibilidade de realização de diligência (forma do ato), que deve ser interpretado como um ‘poder-dever’, além de tornar evidente que a exequibilidade poderá ser demonstrada, e apenas em caso de não obtenção de êxito na demonstração da praticabilidade do preço é que deverá ser desclassificada.

A interpretação teleológica busca alcançar a finalidade da norma na adequação aos fatos reais. O fim visado em Lei não pode ser o afastamento absoluto de propostas por critério matemático, puro e simples.

Esta também vem sendo a orientação jurisprudencial até o momento. Em caso idêntico, julgado pela 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu o D. Relator, Desembargador Antonio Carlos Villen, nos autos da Apelação Cível nº 1004528-23.2022.8.26.0347, já sob a égide da nova Lei:



Trata-se, como se verá adiante, de questão meramente de direito, relativa à interpretação que deve ser dada ao art. 59, §4º da Lei n. 14.133/21 se a presunção de inexequibilidade das propostas inferiores a 75% do valor orçado pela Administração das obras e serviços contida em tal dispositivo legal é absoluta ou relativa.

No julgamento, o Douto Relator ainda faz menção à orientação do **Superior Tribunal de Justiça**, responsável por uniformizar a interpretação da Lei Federal no país:

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

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

No julgamento da Apelação, foi bem observado pelo Relator que, embora o Eg. STJ tenha decidido sobre a presunção relativa nos termos da Lei 8.666/93, o artigo da Lei anterior “guarda semelhança com a do dispositivo atual naquilo que tem relevância para o presente caso”.

No caso do art. 48, II, §1º da Lei 8.666/93, que abordava a questão da inexecutabilidade, já havia entendimento sumulado pelo Tribunal de Contas da União, pela presunção relativa:

Súmula 262 - 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 inexecutabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta.**

Portanto, a orientação jurisprudencial pacífica pautada na Lei anterior e a semelhança da regulação dos temas, pressupõe que será mantida para a legislação novel, como já vem sendo decidido pelo Tribunal de Justiça deste Estado.

Muito embora ainda não esteja pacificado formalmente (pautada nos critério da Lei atual) a análise histórica, alinhada à redação do texto atual e às decisões até então proferidas, nos reporta à obrigatoriedade da realização de diligência em detrimento da presunção absoluta.

Cumprido destacar, que embora não pacífica, não há ainda decisões contraditórias em sentido contrário, o que resultaria em nítido afastamento dos princípios regentes dos certames públicos.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto, opinamos pela possibilidade de apresentação de propostas com valores inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) em certames

públicos desta natureza, sem que isso possa ocasionar a desclassificação imediata (automática) da empresa.

Cumpre à Administração realizar diligência, na forma da Lei, para permitir a demonstração da exequibilidade da proposta no aspecto técnico e financeiro, o que acarretará na aplicação dos princípios administrativos que regem as concorrências, alcançando a maior competitividade e busca pela proposta mais vantajosa.

Ademais, há mecanismos legais, de graves penas, àqueles que se tornam inadimplentes no curso do contrato, podendo, inclusive, ser declarados inidôneos para os próximos certames.

Não se tem dúvidas de que os Tribunais de Contas e Tribunais de Justiça irão ao encontro da tese entabulada no julgamento supra.

Prova disso são as poucas decisões e publicações até o momento, que nos levam a crer na continuidade da aplicação da tese da presunção relativa da inexecutabilidade da proposta, bem como pela uniformização futura e geral dos Tribunais.

É o que tem a expor e considerar. Colocamo-nos à disposição para esclarecimentos adicionais.

Com elevada estima e consideração.

**RENATO LUCHI
CALDEIRA**

Assinado digitalmente por RENATO LUCHI CALDEIRA
DN: C=BR, O=ICP-Brasil, OU=AC OAB, OU=43419613000170, OU=Certificado Digital, OU=Assinatura Tipo A3, OU=ADVOGADO, CN=RENATO LUCHI CALDEIRA
Razão: Eu sou o autor deste documento
Localização: sua localização de assinatura aqui
Data: 2024.03.08 15:05:21-03'00'
Foxit PDF Reader Versão: 11.1.0

LUCHI & SCAMATTI SOCIEDADE DE ADVOGADOS - R. 26.022

LILIAN AMENDOLA SCAMATTI - OAB.SP 293.839

RENATO LUCHI CALDEIRA - OAB.SP 335.659

Votuporanga, SP, 8 de março de 2024.



Prefeitura Municipal de Birigui

CNPJ 46.151.718/0001-80

Birigui, 15 de março de 2024.

À
NOROMIX CONCRETO S/A

Com fundamento na cláusula 22, item 22.3 do Edital 05/2024, CE 01/2024, apresentar resposta ao pedido de esclarecimento apresentado pela empresa Noromix Concreto S/A.

A dúvida respalda de como a comissão vai proceder referente a descontos superiores a 25% previsto no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2023.

Referido dispositivo legal está inserido no capítulo V – Do Julgamento, precisamente quanto a desclassificação das propostas.

O §4º do art. 59, da Lei 14.133/2023, dispõe sobre descontos superiores às de 25%.

Na hipótese de ocorrer descontos neste patamar, o agente de contratação com sua equipe de apoio, em obediência ao princípio da legalidade e da vinculação ao edital, procederão com respaldo nos mesmos e, em busca da maior competitividade e proposta mais vantajosa.

De acordo com o art. 59, inciso IV da Lei Federal 14133/21, poderá o julgamento ser convertido em diligência para que a licitante possa demonstrar a exequibilidade de sua proposta. E, caso sua proposta for inferior a 85% do valor orçado pela Administração, será exigida garantia adicional da licitante, conforme previsto no §5º do mesmo dispositivo legal.

Ressaltamos ainda, o Edital da presente Concorrência Eletrônica, traz referido assunto em sua Cláusula 9 – Da aceitabilidade da proposta vencedora, nos itens 9.4, 9.5 e 9.6.

Atenciosamente,

Luciani Gomes Mendonça Padovan
Agente de Contratação