

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2024

**AOS CUIDADOS DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO – DECOR –
DA CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

Referência: Contribuição referente às minutas “Modelo Edital de Concorrência” e “Modelo Edital Concorrência Técnica e Preço”.

Assunto: Inexequibilidade de proposta para obras e serviços de engenharia (art. 59, §§ 2º e 4º, da Lei nº 14.133/2021. Art. 28 da Instrução Normativa - Seges/MGI 2, de 7 de fevereiro de 2023)

O **Sindicato da Indústria da Construção Pesada no Estado de Minas Gerais – SICEPOT-MG**, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 16.631.087/0001-35 com domicílio na Avenida Raja Gabaglia, 1143, 17º andar, Luxemburgo, Belo Horizonte, MG, CEP 30380-103, vem apresentar suas contribuições às minutas de “Modelo Edital de Concorrência” e “Modelo Edital Concorrência Técnica e Preço” relativas à Lei n.º 14.133, de 2021.

As contribuições desta entidade de classe referem-se a questões cruciais relativas à Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), com foco específico nas contratações de obras e serviços de engenharia.

Inicialmente, vale ressaltar que a máxima constitucional da eficiência e da garantia do interesse público determina que a Administração Pública não pode aceitar, em suas licitações, propostas de cumprimento impossíveis ou improváveis.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 11, estabelece como propósito do processo licitatório evitar contratações com sobrepreço ou preços inexequíveis, visando a racional alocação dos recursos públicos e evitando gastos excessivos e abandono de contratos frutos de propostas com valores irrisórios. A justificativa para essa especialidade normativa, acerca do setor de obras, é que em produtos comuns, o risco pode ser menor, **entretanto, a inexequibilidade de obras e serviços de engenharia prejudica em muito a execução e culmina em projetos de grande vulto abandonados, problema apontado como latente no Brasil pelo TCU.**

Percebe-se que o legislador considerou igualmente nocivos o superfaturamento e a inexequibilidade, porque ambos fragilizam o escopo do que se pretende com a contratação pública: a escolha de um fornecedor cuja proposta se revele adequada frente à obrigação assumida perante a Administração Pública. A contratação que envolve valores irrealistas não se amolda ao interesse público porque desaguará no não atendimento da demanda pública, ao qual se somam a descontinuidade e o desafio de encontrar uma solução para o objeto remanescente.

A nova norma geral de Licitações e Contratos possui regra específica no § 4º do art. 59 para aferir a exequibilidade de propostas de obras e serviços de engenharia. Essa preocupação, no entanto, já estava presente desde a Lei nº 8.666/1993, no § 1º do art. 48.

Também importa considerar que a Lei Federal nº 14.133/2021 nasce do Projeto de Lei 1.292/1995, que em sua tramitação tangenciou o problema das obras paralisadas, *in verbis*:

Outro ponto bastante relevante trata da previsão de regras mais claras para aferição da exequibilidade da proposta nos casos de obras e serviços de engenharia. Com a nova sistemática, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração e será exigida garantia adicional das propostas inferiores a 85% (oitenta e cinco por cento) disso.

Claramente se identifica que a intenção, à época da tramitação do projeto de lei que deu origem ao novo normativo geral, era superar o grave problema das obras paralisadas, fruto em boa parte do desinteresse dos contratados em face de questões financeiras.

O TCU, em suas manifestações distintas, já descortinou o tema das obras paralisadas¹. O Acórdão nº 1.188/2007-TCU-Plenário apresenta diagnóstico de obras paralisadas e inacabadas de responsabilidade de órgãos e entidades do poder público que revela que de cada quatro obras paralisadas ou inacabadas da amostra, aproximadamente três decorreram de problemas possivelmente ocasionados pelo poder público (74,18%) e apenas uma delas decorreu de problemas possivelmente atribuíveis aos contratados (25,83%).

¹ Analisando os acórdãos aqui citados. FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael Amorim de. Obras públicas inacabadas e seguro-garantia: qual a sua importância e o que esperar da nova Lei de Licitações. In *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. v. 20, n. 82 (2020) outubro/dezembro.



Também se extrai do estudo que, de cada três obras paralisadas ou inacabadas da amostra, aproximadamente duas decorrem de problemas orçamentários/financeiros de responsabilidade do poder público (bloqueio LOA, fluxo orçamentário/financeiro e inadimplência do tomador/conveniente – 66,23%) e apenas uma delas está relacionada às demais causas.

Posteriormente, o TCU elaborou, no Acórdão nº 1.079/2019-Plenário, novo diagnóstico acerca das obras paralisadas e inacabadas no país, adotando metodologia diferente do acórdão anteriormente citado. O Acórdão TCU nº 1.079/2019-Plenário, ainda que tenha utilizado amostra de obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC –, identificou que 10% das obras paralisadas decorriam de problemas orçamentários e financeiros, provavelmente relacionados à contrapartida de entes subnacionais ou aos contingenciamentos realizados nos recursos orçamentários financeiros de obras do PAC a partir de 2015. No último trabalho do TCU, os motivos mais significativos das paralisações de obras foram: 47% das obras paralisadas decorriam de problemas técnicos – tendem a se relacionar mais diretamente com falhas de projeto ou dificuldades de caráter executivo – e 23% das obras paralisadas decorrem de abandono da execução contratual pela empresa, totalizando 70% do total de obras paralisadas.

A ligação entre obras paralisadas e propostas inexequíveis, que, entretanto, são irregularmente selecionadas pela Administração Pública é evidente. Se os valores se distanciam do mercado, a empresa não sustentará o combinado, sob pena de se inviabilizar financeiramente suas atividades.

Especificamente na etapa de julgamento da proposta, – ato por meio do qual se confrontam as ofertas, classificam-se os proponentes – como corolário dos princípios setoriais da licitação previstos no art. 5º da Lei Federal nº 14.133/2021, em especial o julgamento objetivo e a vinculação ao edital –, o art. 59 arrola as situações que resultarão na desclassificação das propostas.

Os incisos III e IV do mesmo art. 59 tratam das hipóteses de desclassificação das propostas atreladas ao preço e têm o valor estimado da contratação como parâmetro de análise.

Dessa forma, ao avaliar a viabilidade de execução do futuro contrato com base nos preços propostos, é imperativo seguir a diretriz estabelecida no § 4º do art. artigo 59 da Lei Federal nº 14.133/2021.

A diretriz é clara: no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração.

Assim, existe um fundamento legal claro para a exequibilidade de obras e serviços de engenharia, com a determinação objetiva de um percentual para a verificação, eliminando a necessidade de diligências adicionais em casos de inexequibilidade evidente.

Fica evidente que o legislador buscou simplificar a aplicação da norma, preservando o interesse público por meio da alocação criteriosa dos recursos e evitando despesas e processos desnecessários.

Isso porque, no que tange à contratação de obras e serviços de engenharia, o § 2º do art. 23 da Lei Federal nº 14.133/2021, elenca em seus incisos os parâmetros que deverão ser considerados, em ordem sequencial, para definição do valor estimado, acrescido do percentual de BDI e encargos sociais cabíveis.

Temos como primeiro critério a composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do SICRO, para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do SINAPI, para as demais obras e serviços de engenharia (inciso I); em segundo, a utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso (inciso II); em terceiro a contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente (inciso III); em quarto, a pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas (inciso IV).

Ora, se a pesquisa de preços é produzida seguindo a métrica dos parâmetros eleitos pela Lei Federal nº 14.133/2021 (§ 2º do art. 23 da NLLC) já não seria de se admitir propostas que distanciassem das métricas legalmente estabelecidas, quanto mais quando essa separação se mostra drástica.

Veja-se que o legislador diz, em sintonia com os propósitos do art. 11, e preocupado com a superação do trauma das obras inacabadas que está vedada a apresentação de proposta em patamar inferior ao fixado na lei, qual seja, os 75%, já que inexequível.

A isso se soma o fato de que a Lei Federal nº 14.133/2021 também prevê que, no caso de obras e serviços de engenharia, ainda, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre esse último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis na lei.

É importante destacar que o § 2º do art. 59 da Lei nº 14.133/2021 concede à Administração Pública a permissão, e não a obrigação, de realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas, indicando que essa medida é facultativa. Dessa forma, a realização de diligências deve ser considerada em situações excepcionais, quando houver elementos concretos que sugiram a viabilidade da proposta, mesmo que ela se situe abaixo do valor de referência estabelecido. Assim, quando os valores propostos estiverem claramente abaixo dos limites razoáveis (inferiores a 75% do valor orçado), não se recomenda a realização de diligências, uma vez que a inexecuibilidade já pode ser presumida, conforme o § 4º do mesmo artigo. Essa abordagem foi adotada pela Instrução Normativa - Seges/MGI 2, de 7 de fevereiro de 2023, que reproduziu essa orientação no parágrafo único do art. 28, colocando a opção pela realização ou não de diligência a cargo do agente ou comissão de contratação.

Assim, nada impede que a minuta de edital em comento passe a ter uma redação explícita no sentido de não caber diligência nas contratações de obras e serviços de engenharia, quando a proposta for inferior à 75% do valor orçado; ou, na mesma hipótese, que o edital passe a prever a exigência de justificativa, do agente ou comissão de contratação, para realização de diligência.


A prática sob a égide da Lei nº 8.666/1993 já demonstrou que as diligências para apurar a exequibilidade de propostas são mais prejudiciais do que benéficas às contratações de obras e serviços de engenharia. Portanto, desclassificar propostas inferiores a 75% do valor orçado, sem diligências, pode trazer a uniformidade e a segurança jurídica necessárias aos agentes públicos nos processos licitatórios.

Ou seja, o ideal seria fazer ajustes na redação da Instrução Normativa - Seges/MGI 2/2023 ou deixar claro nos editais de contratação de obras e serviços de engenharia que não cabe a diligência. Nesses termos, apresentada proposta com valor inferior a 75% do preço de referência, dúvidas não há quanto a sua inexecuibilidade.

O risco de leituras que favoreçam oportunizar aos licitantes diligências para adequar a sua proposta, na hipótese do § 4º do art. 59, precisa ser evitado, sob pena de contrariar o primado sobre o qual se construiu a Lei nº 14.133/2021: o da contratação racional e consciente que permita o atendimento da demanda da Administração Pública a tempo e a modo e sem riscos de futuras paralizações ou abandono de obras, que trazem dano muito maior ao interesse público.

O momento histórico atual há de ser compreendido como uma oportunidade para avanços na contratação e execução de obras públicas para evitar o incremento de obras incompletas, paralisadas ou com valores dissonantes do mercado.

Em face do contexto apresentado, o SICEPOT-MG alerta para a importância do aperfeiçoamento da redação dos itens e subitens do 7.9 do "Modelo Edital de Concorrência" e do 6.19 do "Modelo Edital Concorrência Técnica e Preço, para que contemplem o entendimento aqui apresentado.



Bruno Baeta Ligório
Presidente do SICEPOT-MG