

**À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANTÔNIO DE POSSE – ESTADO DE SÃO PAULO.**

**Ref.: Pregão Eletrônico nº 061/2023 (Processo nº 3716/2023)**

A empresa **THLAW CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA.**, inscrita no CNPJ sob o nº 48.429.320/0001-98, por intermédio de seu sócio administrador, Sr. **ALEXANDRE OLIVEIRA TRICTA HARUNO**, brasileiro, casado, advogado, vem interpor o presente

**RECURSO ADMINISTRATIVO**

Com fulcro no Art. 109, Inciso I, Alínea 'a' c/c Art. 48 da Lei nº 8.666/1993 e demais legislações vigentes, em face do lance final apresentado pela empresa **BCI ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA.** do certame em epígrafe, consoante segue:

**I – DA TEMPESTIVIDADE**

Cumprido esclarecer, inicialmente, que a parte recorrente manifestou sua intenção de recorrer ao final da sessão que habilitou a empresa BCI ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA.

De acordo com o Art. 4º, Inciso XVII da Lei nº 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 03 (três) dias a partir da decisão que declarar o vencedor do pregão.

O Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta a licitação na modalidade pregão eletrônico, estabelece no art. 44 o seguinte:

*Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.*

*§ 1º As razões do recurso de que trata o caput deverão ser apresentadas no prazo de três dias.*

No caso em questão, a decisão foi proferida em 26/09/2023 durante a sessão de licitação. Portanto, o prazo para interpor recurso se encerra no dia 29/09/2023.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso administrativo.

## II – SÍNTESE DOS FATOS

O Município de Santo Antônio de Posse, do Estado de São Paulo, lançou o Edital – Pregão Eletrônico nº 061/2023 (Processo nº 3716/2023), objetivando contratar “EMPRESA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO ESPECIALIZADA À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA REALIZAÇÃO DE DIAGNÓSTICO E ADEQUAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANTONIO DE POSSE ÀS EXIGÊNCIAS CONSTANTES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI 13.709/2018).”

O valor total do edital foi estimado em R\$ 110.450,04 (cento e dez mil, quatrocentos e cinquenta reais e quatro centavos).

Dado que a recorrente é uma empresa especializada na prestação desses serviços, anexou todas as documentações, informações e declarações exigidas pelo Edital no portal de licitações pública BBMNET e, na data designada, participou da sessão virtual para competir com outras empresas interessadas no processo licitatório.

Ao todo, participaram 13 (treze) empresas, a saber:

- Participante 1: BCI ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA.;
- Participante 2: EVERCO GESTÃO ESTRATÉGICA EM INFORMAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA.;
- Participante 3: RECRUTAMENTO E SELEÇÃO IUDS – ESTAGIANDO LTDA.;
- Participante 4: BDL2 LGPD LTDA.;
- Participante 5: ATLANTIS TECH INF LTDA.;
- Participante 6: HIGH SERVIÇOS DE COMPLIANCE LTDA.;
- Participante 7: DPONE STARTUP – SOFTWARE & LGPD COMPLIANCE LTDA.;
- Participante 8: THLAW CONSULTORIA EMPRESARIAL LTDA.;
- Participante 9: ACTA DESENVOLVIMENTO SOCIAL E SERVIÇOS LTDA.;
- Participante 10: ALBERTO BESSA CONSULTORIA E SERVIÇOS LTDA.;
- Participante 11: PHRSSEC SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO LTDA.;
- Participante 12: CONTEGO CONSULTORIA LTDA.; e
- Participante 13: NP3 COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.

Iniciado os procedimentos, a Comissão Permanente de Licitação (PCL) procedeu com a fase de habilitação e, após análise dos documentos apresentados pelas licitantes, declarou todas as empresas habilitadas.

Dado início à fase de disputa, o Participante 3, RECRUTAMENTO E SELEÇÃO IUDS – ESTAGIANDO LTDA., que até então era o vencedor da licitação, solicitou sua desclassificação, alegando que havia participado do Edital errado. Esse pedido foi aprovado pela CPL.

Passo seguinte, a empresa BCI ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA., que apresentou a menor proposta no valor de R\$ 5.689,92 (cinco mil, seiscentos e oitenta e nove reais e noventa e dois centavos), foi declarada vencedora. Quantia esta considerada totalmente inexequível comparado com o valor total estimado pelo Município de Santo Antônio de Posse.

É importante trazer à tona a previsão contida no Art. 109, § 4º, da Lei nº 8.666/1993:

O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

Portanto, o recurso deverá ser dirigido à autoridade competente, por intermédio da que praticou o ato recorrido, que poderá reconsiderar a decisão em cinco dias úteis e, nesse prazo, fazê-lo subir à instância superior, devidamente informado. Passo seguinte, deve ser proferida a decisão, pela autoridade superior, no prazo de cinco dias úteis contados do recebimento do recurso.

### III – DAS RAZÕES RECURSAIS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

#### i) Da inexequibilidade do valor apresentado pela empresa BCI ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA

##### i.a.) Considerações Iniciais

A inexequibilidade, no contexto de licitações públicas, refere-se à situação em que a proposta apresentada por um licitante é considerada inviável de ser executada de acordo com as condições estabelecidas no edital, devido a um preço anormalmente baixo ou a outras circunstâncias que tornem a execução do contrato impossível ou prejudicial aos interesses da Administração Pública. É importante observar que a inexequibilidade pode ser técnica, econômica ou financeira.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos no Brasil, Lei Federal nº 8.666/93, estabelece as regras gerais para licitações e contratos públicos no país. O Art. 48 desta lei trata especificamente da inexequibilidade e afirma que:

Art. 48. **Serão desclassificadas: (...) II - as propostas que apresentem preços manifestamente inexequíveis**, nos termos do inciso I do art. 48 desta Lei, **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.** (Grifo nosso)

Na fase de licitação, a Administração Pública tem a responsabilidade constitucional de escolher a proposta mais benéfica, porém tem o dever de desclassificar propostas que apresentem preços manifestamente inexequíveis, desde que essa inexequibilidade seja comprovada com base em critérios objetivos, como a incompatibilidade dos custos de insumos com o mercado ou coeficientes de produtividade irrealistas.

A jurisprudência brasileira tem reforçado a importância de identificar e combater a inexequibilidade nas licitações públicas. Um exemplo relevante é o entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) em relação à inexequibilidade. O TCU, como veremos adiante, tem afirmado que a Administração Pública deve atuar de forma rigorosa na análise da viabilidade econômico-financeira das propostas, a fim de evitar prejuízos aos cofres públicos.

Além disso, decisões judiciais recentes também enfatizam a necessidade de garantir que os preços ofertados nas licitações sejam realistas e reflitam os custos reais de execução do contrato.

Portanto, a jurisprudência atual destaca a importância da Administração Pública em identificar e rejeitar propostas inexequíveis, garantindo a eficiência e a legalidade nos processos de licitação e contratação pública.

#### **i.b.) Do Orçamento e Valor de Referência**

É relevante trazer à tona o valor de referência estabelecido pela Administração como um critério para avaliar as propostas apresentadas no processo de licitação.

Ao determinar o valor de referência, também conhecido como estimativa de custo, **a Administração Pública conduz uma pesquisa abrangente para documentar o preço prevalecente no mercado para aquisição de um determinado bem ou prestação de serviço específica. Essa etapa, denominada pesquisa prévia, é essencial para garantir a existência de um orçamento realista para a contratação em questão.**

A quantia a ser orçada pela Administração está intimamente ligada à definição precisa e clara do objeto da licitação, sem especificações irrelevantes que possam restringir a competição.

Com relação a esta exigência, é patente que este Município – cumpriu fielmente com esta exigência – e apresentou, via Edital, o valor médio praticado pelo mercado (R\$ 110.450,04).

Por outro lado, quando a Administração constata que um preço proposto é tão baixo que inviabiliza a execução do contrato, a comissão de licitação ou o pregoeiro, se aplicável, desclassifica a proposta, mesmo que seja a mais barata.

#### **i.c.) Da Definição da Inexequibilidade de Preços**

A inexequibilidade de preços em licitações públicas significa que uma proposta apresenta um preço manifestamente insuficiente para cobrir os custos de produção, tornando-se, portanto, inviável de ser executada. Isso também pode ocorrer quando há um alto risco de desvio de tempo e recursos

públicos ao adjudicar o objeto da licitação a um proponente cuja proposta, no final das contas, não resultará no resultado desejado.

O renomado Professor Jesse Torres oferece uma definição semelhante para preços inexequíveis, ou como ele prefere chamar, inviáveis:

**Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto.** Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegitimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico.<sup>1</sup> (Grifo nosso)

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, identifica a inexequibilidade de preços em situações como:

[...] **A inexequibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos,** nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes, verificados pela Administração.<sup>2</sup> (Grifo nosso)

Como mencionado anteriormente, ao avaliar as propostas, a Administração compara os preços com base no valor estimado. A proposta vencedora deve atender às condições do edital e oferecer o preço mais baixo para ser considerada a vencedora da licitação. O preço não pode ser inexequível, sob pena de desclassificação. Inteligência dada pelo Art. 48, Inciso II, da Lei nº 8.666/93.

O Parágrafo 1º do Art. 48 estabelece critérios para que a autoridade contratante se aproxime dos critérios objetivos de julgamento ao analisar a exequibilidade da proposta, aumentando a transparência na avaliação do preço oferecido:

§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:

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

Assim, a **lei estabelece que propostas com valores inferiores a 70% do valor orçado pela administração, ou inferiores à média das propostas oferecidas que sejam superiores em 50% ao valor orçado, são consideradas manifestamente inexequíveis.**

<sup>1</sup> PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 557-558.

<sup>2</sup> MEIRELES, 2010, p. 202.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é que a presunção de inexequibilidade não deve ser aplicada de forma rígida e absoluta. Deve ser considerada relativa, e o licitante tem a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da proposta:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade. 2. 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. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. [...] a vencedora do certame “demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade”. [...] (STJ – REsp: 965839 SP 2007/0152265-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é que a presunção de inexequibilidade não deve ser aplicada de forma rígida e absoluta. Deve ser considerada relativa, e o licitante tem a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da proposta:

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 inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Acórdão 587/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes)

O Doutrinador Marçal Justen Filho concorda com esse entendimento:

Como é vedada licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto<sup>3</sup>.

A legislação estabelece parâmetros para a inexequibilidade de preços, mas também permite que os licitantes demonstrem a viabilidade de suas propostas.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, 2010, p. 609.

Porém, **traz para este nobre julgador a seguinte reflexão:**

Proposta no valor de R\$ 5.689,92 – como ofertado pela BCI – para contrato de 1 ano. Isso equivale a um valor mensal surpreendentemente baixo de apenas R\$ 474,16 (quatrocentos e setenta e quatro reais e dezesseis centavos), por mês.

**Diante dessa reflexão. Trazemos outras reflexões:**

Sabe-se que os encargos sociais e tributários, no Brasil, são excessivamente altos. Certo?

Sabe-se que o valor ofertado pelo licitante já deve contemplar todos os custos relacionados com a prestação de serviços, isto é, salários, férias, 13º salário, encargos sociais trabalhistas, previdenciários, benefícios concedidos aos empregados, dentre outros. Correto?

Pois bem. **Vamos analisar os custos aproximados envolvidos na prestação de serviços:**

Custos tributários para empresas enquadradas no Lucro Real e Presumido: por volta de 14,25% contemplando PIS, COFINS e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Além do ISSQN (podendo variar entre 2% e 5%) e IRPJ (alíquota de 15% sobre o lucro real, com acréscimo de 10%, por mês e alíquota de 15% sobre o lucro presumido). Isto posto, estamos falando de uma alíquota média superior a 30% sobre o faturamento.

Custos tributários para empresas enquadradas no Simples Nacional: deve-se observar os Anexos do Simples Nacional, sendo que as alíquotas para empresas prestadoras de serviços variam de 6% para faturamento de até R\$ 180.000,00, podendo alcançar 33% para empresas com faturamento de até R\$ 4.800.000,00.

Além das alíquotas de contribuição previdenciária (INSS) e fundiária (FGTS) associadas à contratação de empregados. Vejamos os detalhes: uma contribuição previdenciária patronal de 20%, acrescida da alíquota do RAT, que pode atingir 6% do salário de contribuição, além da alíquota de Outras Entidades, geralmente de 5,8%, FGTS de 8%, reflexos trabalhistas, férias e 13º salário. Nesse cenário, estamos lidando com uma carga tributária que gira em torno de aproximadamente 70% sobre o salário pago aos empregados.

Isso sem mencionar os custos envolvidos com os benefícios concedidos aos empregados, como, por exemplo, (i) vale transporte, (ii) vale refeição, (iii) vale alimentação, (iv) assistência médica, dentre outros.

Agora. Pergunta-se:

Como uma empresa cobrando R\$ 474,16, por mês tem condições de oferecer um serviço de qualidade para este município? Como vimos, deste valor, cerca de 30% são pagos em impostos, além dos custos envolvidos com a contratação de empregados.

Como é possível oferecer o serviço quando nem mesmo é viável contratar um empregado pagando um salário-mínimo (R\$ 1.320,00)?

Segundo o site Glassdoor – que concentra os salários praticados pelo mercado – temos que um Analista de Proteção de Dados e Privacidade recebe um salário média entre R\$ 13.329,00<sup>4</sup>. Confira-se:

### Salários do cargo de Analista de Proteção de Dados e Privacidade - Brasil

Atualizado em 26 de set. de 2023

Confiança muito alta

Faixa de remuneração total

**R\$ 12 mil - R\$ 16 mil**/mês

Média salarial

16 salários

R\$ 12 mil  
Baixa

R\$ 13 mil  
Média

R\$ 16 mil  
Alta

Outras remunerações ⓘ

Média: **R\$ 7.250** Intervalo: R\$ 6.500 - R\$ 8.000

A média salarial de Analista de Proteção de Dados e Privacidade é de R\$ 13.329 por mês nessa localidade (Brasil). A remuneração variável de Analista de Proteção de Dados e Privacidade em Brasil é de R\$ 7.250, variando entre R\$ 6.500 e R\$ 8.000. As estimativas de salários têm como base 16 salários enviados de forma sigilosa ao Glassdoor por pessoas com o cargo de Analista de Proteção de Dados e Privacidade nessa localidade (Brasil).

<sup>4</sup> [https://www.glassdoor.com.br/Sal%C3%A1rios/analista-de-privacidade-e-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-sal%C3%A1rio-SRCH\\_K00,43.htm#:~:text=Sal%C3%A1rios%20do%20cargo%20de%20Analista%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados%20e%20Privacidade%20E2%80%93%20Brasil&text=A%20m%C3%A9dia%20salarial%20de%20Analista,%24%206.500%20e%20R%24%206.500](https://www.glassdoor.com.br/Sal%C3%A1rios/analista-de-privacidade-e-prote%C3%A7%C3%A3o-de-dados-sal%C3%A1rio-SRCH_K00,43.htm#:~:text=Sal%C3%A1rios%20do%20cargo%20de%20Analista%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20Dados%20e%20Privacidade%20E2%80%93%20Brasil&text=A%20m%C3%A9dia%20salarial%20de%20Analista,%24%206.500%20e%20R%24%206.500). Informação extraída dia 28/09/2023 às 11h48.



É realmente lamentável que a Administração Pública e os demais concorrentes tenham que lidar com empresas que apresentam propostas extremamente baixas apenas para vencer a licitação.

O exposto faz tanto sentido que, em uma consulta simples ao sítio da PGFN, constatamos que a empresa vencedora possui **CERTIDÃO POSITIVA** com efeito de negativa. Veja bem, há indícios de que a empresa possui débitos perante o erário, no entanto, por algum motivo, esses débitos estão com a exigibilidade suspensa:



MINISTÉRIO DA FAZENDA  
Secretaria da Receita Federal do Brasil  
Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

**CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA DE DÉBITOS RELATIVOS AOS TRIBUTOS  
FEDERAIS E À DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO**

Nome: **BCI ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA**  
CNPJ: **03.038.180/0001-99**

Ressalvado o direito de a Fazenda Nacional cobrar e inscrever quaisquer dívidas de responsabilidade do sujeito passivo acima identificado que vierem a ser apuradas, é certificado que:

1. constam débitos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) com exigibilidade suspensa nos termos do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), ou objeto de decisão judicial que determina sua desconsideração para fins de certificação da regularidade fiscal, ou ainda não vencidos; e
2. não constam inscrições em Dívida Ativa da União (DAU) na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Conforme disposto nos arts. 205 e 206 do CTN, este documento tem os mesmos efeitos da certidão negativa.

Esta certidão é válida para o estabelecimento matriz e suas filiais e, no caso de ente federativo, para todos os órgãos e fundos públicos da administração direta a ele vinculados. Refere-se à situação do sujeito passivo no âmbito da RFB e da PGFN e abrange inclusive as contribuições sociais previstas nas alíneas 'a' a 'd' do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A aceitação desta certidão está condicionada à verificação de sua autenticidade na Internet, nos endereços <<http://rfb.gov.br>> ou <<http://www.pgfn.gov.br>>.

Certidão emitida gratuitamente com base na Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 1.751, de 2/10/2014.

Emitida às 12:47:35 do dia 29/09/2023 <hora e data de Brasília>.

Válida até 27/03/2024.

Código de controle da certidão: **C464.0AA0.534D.792D**

Qualquer rasura ou emenda invalidará este documento.

A ideia, de forma alguma, é desmerecer a empresa vencedora. No entanto, é importante trazer para esse Município **potenciais risco** como: **(i) possível descumprimento de contrato, (ii) riscos à qualidade e à eficácia e (iii) possibilidade, inclusive, de prejuízo aos cofres públicos.**

**i.d.) Da Desclassificação de Proposta por Inexequibilidade de Preços  
e  
Do Cálculo da Inexequibilidade**

A desclassificação de uma proposta diante da constatação de inexequibilidade do preço ofertado, como vimos, fundamenta-se basicamente na preservação da Administração Pública contra prováveis prejuízos, na defesa da lisura do processo licitatório, e do fiel cumprimento do contrato.

Admitir propostas de valores generalizados e inexequíveis, significaria dar margem à prática reprovável, implicaria na redução da qualidade dos produtos, ou da prestação dos serviços, no inadimplemento de tributos e na formulação de pleitos perante a administração, conforme entende o Tribunal de Contas da União (TCU):

[...] Com efeito, ao admitir uma proposta com tais imperfeições, a administração pública pode ficar sujeita a uma posterior oposição de dificuldades para a execução contratual de parte da empresa. Não seria surpresa se, frustrada a alíquota incerta, que possibilitou cotações mais baixas e a adjudicação do objeto, a contratada viesse alegar a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro, com base, por exemplo, no §5º do art. 65 da Lei nº 8.666/93: [...]. Chancelar uma promessa como se fosse uma prescrição de lei, com a boa intenção de contratar por menos, pode acabar trazendo consequências danosas para os cofres públicos. Além disso, transgride o princípio da legalidade desprezando, no caso, a realidade tributária. (Acórdão nº 395/2005, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)

Inclusive o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP) publicou uma Cartilha recentemente – em 16/06/2023 – trazendo as regras de propostas que serão consideradas inexequíveis<sup>5</sup>. Veja-se:

*(...) Convém destacar que a verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada (§ 1º) e que 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 do artigo 59 (§ 2º). Consoante estabelecido no § 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.*

**Para fins de definição da exequibilidade no caso de obras e serviços de engenharia, a NLLC (artigo 59, § 4º) estabelece que serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração. Ademais, nas contratações acima citadas 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 a NLLC.**

*Tendo em mira que o valor orçado pela Administração se tornou o único referencial para fins de apuração da exequibilidade da proposta, é necessário que essa orçamentação obedeça aos critérios estabelecidos no artigo 23 da NLLC. (...) (Grifo nosso)*

O TCU se pronunciou recentemente com relação ao cálculo do inexequibilidade<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> [https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/cartilha\\_nova\\_lei\\_licitacoes\\_contratos.pdf](https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/publicacoes/cartilha_nova_lei_licitacoes_contratos.pdf). Informação extraída dia 28/09/2023 às 13h52.

<sup>6</sup> **RESUMO:**

- O TCU foi indagado pelo TRF da 1ª Região sobre a melhor interpretação da garantia adicional a ser exigida do licitante, prevista no art. 48, § 2º, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993).
- Em resposta, o TCU estabeleceu uma nova fórmula de cálculo da eventual garantia adicional.

- A fórmula da nova interpretação do TCU é: Garantia Adicional = (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48) – (valor da correspondente proposta).

O Tribunal de Contas da União (TCU) respondeu, sob a relatoria do ministro Raimundo Carreiro, a uma consulta do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), cuja sede fica em Brasília. Essa consulta indagou sobre a melhor interpretação da garantia adicional a ser exigida do licitante, prevista no art. 48, § 2º, da Lei de Licitações ([Lei 8.666/1993](#)).

Em síntese, a nova interpretação da Corte de Contas refere-se aos valores que são basilares para se verificar a inexecutabilidade de uma proposta, bem como estabelece a fórmula de cálculo da eventual garantia adicional. Esta deve ser exigida para a assinatura do contrato pelo licitante que apresentou proposta exequível, porém próxima ao limite da inexecutabilidade.

O ministro-relator Raimundo Carreiro sintetizou a decisão do TCU. “Mas, a rigor, não me refiro apenas aos valores referenciais. Muito mais do que isso, entendo que é importante manter a lógica interna do próprio art. 48 (Lei de Licitações), que entendo ser a seguinte:

1. Se a proposta apresenta valores inferiores a 70% do menor dos valores previstos nas alíneas “a” e “b” do § 2º do art. 48, então a proposta é, em regra, inexecutável.
2. Mas, se a proposta apresenta valores iguais ou superiores a 70% do menor dos valores previstos nas alíneas “a” e “b”, mas inferiores a 80% sobre a mesma base de cálculo, a proposta é exequível, mas requer a apresentação de garantia adicional.
3. Caso a proposta apresente valores iguais ou superiores a 80% do menor dos valores previstos nas alíneas “a” e “b”, a proposta é exequível e a prestação de garantia é regida pelo art. 56, com valores entre 5% a 10% do contrato.
4. O valor da garantia adicional, para que se mantenha a mesma lógica do art. 48 e também a razoabilidade do raciocínio e a proporcionalidade de seu resultado, deve ser equivalente a 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 menos o valor da correspondente proposta”, explicou o ministro Carreiro em seu voto.

#### **Como se calcula a inexecutabilidade**

Não houve mudança no cálculo da inexecutabilidade. Dessa forma, serão consideradas inexecutáveis as propostas dos licitantes que sejam inferiores a 70% do mais baixo entre os valores previstos no art. 48, § 1º, “a” e “b” ([Lei 8.666/1993](#)). Quais sejam: (b) o valor orçado pela administração pública e (a) a média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração. Vejamos um exemplo.

No caso de uma licitação de menor preço para obras e serviços de engenharia, que tenha valor orçado em R\$ 8 milhões pela própria administração pública. Digamos que os valores apresentados pelos licitantes tenham sido: Alfa, R\$ 2,5 milhões; Beta, R\$ 3 milhões; Gama, R\$ 4,1 milhões; Delta, R\$ 4,2 milhões; e Ômega, R\$ 4,3 milhões.

Nesse caso, o cálculo da média aritmética não incluirá as propostas de Alfa e Beta, por serem inferiores a 50% do valor orçado pela administração. Assim, usando as propostas das outras três empresas, essa média será de R\$ 4,2 milhões. Por ser inferior aos R\$ 8 milhões previstos pela administração, esse valor é que deve ser levado em consideração doravante. Como resultado, ao se aplicar 70% sobre R\$ 4,2 milhões, encontramos a cifra mínima de R\$ 2,94 milhões para as propostas. De certo, a empresa Alfa estará desclassificada, uma vez que propôs valor de R\$ 2,5 milhões, sua proposta será considerada inexecutável por ser inferior ao mínimo calculado (R\$ 2,94 milhões). As outras quatro licitantes continuarão na disputa.

#### **Cálculo da garantia adicional**

A fórmula que constitui a nova interpretação do TCU é: Garantia Adicional = (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48) – (valor da correspondente proposta). Dessa forma, para melhor compreensão, continuemos com o exemplo anterior.

Portanto, para calcular a inexecuibilidade com base no entendimento do TCU e TCE-SP, primeiro precisamos encontrar a média aritmética dos valores das propostas que estão acima de 50% do valor de referência, que é R\$ 110.450,04:

- Participante 1: R\$ 110.450,04;
- Participante 2: R\$ 110.450,04;
- Participante 3: R\$ 24.799,92;
- Participante 4: R\$ 54.000,00;
- Participante 5: R\$ 110.449,92;
- Participante 6: R\$ 110.450,04;
- Participante 7: R\$ 110.450,04;
- Participante 8: R\$ 110.450,04;
- Participante 9: R\$ 110.460,00;
- Participante 10: R\$ 108.000,00;
- Participante 11: R\$ 66.000,00;
- Participante 12: R\$ 110.400,00; e
- Participante 13: R\$ 110.450,04.

Os valores acima foram extraídos da apresentação da primeira proposta ofertada pelos licitantes.

Agora, vamos calcular a média dos valores acima de 50% do valor de referência:

$$(110.450,04 + 110.450,04 + 110.449,92 + 110.450,04 + 110.450,04 + 110.450,04 + 110.450,04 + 110.460,00 + 110.400,00 + 110.450,04) / 10 = 1.104.700,20 / 10 = R\$ 110.470,02$$

Agora o cálculo deve ser de 80% sobre os R\$ 4,2 milhões da média aritmética das propostas maiores que a metade (50%) do valor orçado pela administração. O resultado é a cifra de R\$ 3,36 milhões. Dessa forma, a única empresa que precisaria de garantia adicional para assinar o contrato seria a Beta, pois a sua proposta foi de R\$ 3 milhões.

Perceba que esse montante da proposta de Beta se localiza pouco acima do mínimo da exequibilidade (R\$ 2,94 milhões) e abaixo dos 80% (R\$ 3,36 milhões). Ou seja, a proposta de Beta é exequível, a princípio. Mas, por acarretar risco considerável à administração pública, a Lei de Licitações exige a tal garantia adicional.

Nesse exemplo, a garantia adicional a ser exigida de Beta seria a diferença entre os R\$ 3,36 milhões (dos 80% da média aritmética) e os R\$ 3 milhões da proposta dessa empresa. Calculada desse modo, a garantia a ser prestada por Beta seria de R\$ 360 mil.

Caso Beta fosse eliminada por algum motivo, poderiam ainda ser convocadas Gama, Delta e Ômega, uma vez que não foram desclassificadas. No entanto, nenhuma dessas três licitantes necessitaria prestar garantia adicional, pois os valores das propostas são todos acima de R\$ 4 milhões e, portanto, superiores aos R\$ 3,36 milhões (80% da média aritmética). Importante não perder de vista que Gama, Delta e Ômega, a despeito de não prestarem a “garantia adicional”, poderão prestar a garantia comum, de 5% a 10% do valor do contrato, prevista no art. 56 da Lei 8.666/1993: “A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

Informação extraída do sítio do TCU dia 29/09/2023 às 8h45: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-fixa-novo-entendimento-sobre-a-garantia-adicional-da-lei-de-licitacoes.htm>.

A média dos valores acima de 50% do valor de referência é de R\$ 110.470,02.

Agora, vamos verificar se alguma das propostas cujos valores são inferiores a essa média podem ser consideradas inexequíveis.

Vamos calcular 70% do valor da média:  $0,70 \times R\$ 110.470,02 = R\$ 77.329,01$ .

**Ou seja, qualquer proposta cujo valor seja inferior a R\$ 77.329,01 pode ser considerada inexequível de acordo com o entendimento do TCU.**

**Confira-se, abaixo, os participantes que apresentaram proposta inexequíveis e exequíveis:**

| Participante    | Valor final ofertado | Inexequível ou Exequível |
|-----------------|----------------------|--------------------------|
| Participante 1  | R\$ 5.689,92         | Inexequível              |
| Participante 2  | R\$ 8.000,00         | Inexequível              |
| Participante 3  | Desclassificado      | Desclassificado          |
| Participante 4  | R\$ 9.500,00         | Inexequível              |
| Participante 5  | R\$ 26.400,00        | Inexequível              |
| Participante 6  | R\$ 103.999,00       | Exequível                |
| Participante 7  | R\$ 96.990,00        | Exequível                |
| Participante 8  | R\$ 96.000,00        | Exequível                |
| Participante 9  | R\$ 97.379,99        | Exequível                |
| Participante 10 | R\$ 36.000,00        | Inexequível              |
| Participante 11 | R\$ 14.000,00        | Inexequível              |
| Participante 12 | R\$ 35.000,00        | Inexequível              |
| Participante 13 | R\$ 65.000,00        | Inexequível              |

**Portanto, somente os Participantes 6, 7, 8 e 9 podem ser consideradas exequíveis com base no entendimento do TCU e TCE-SP e, passo seguinte, aptas a participarem do certame.**

#### IV – DOS PEDIDOS

Desse modo, em vista das argumentações e fundamentações ora apresentadas, sobretudo diante das orientações jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União (TCU) e Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), **requer**:

- (a) O recebimento do presente recurso com seu efeito suspensivo, nos termos do Art. 109, § 2º da Lei nº 8.666/1993;
- (b) No mérito, que o presente recurso administrativo seja julgado **TOTALMENTE PROCEDENTE**, a fim de considerar inexequível as propostas apresentadas pelos Participantes 1, 2, 4, 5, 10, 11, 12 e 13; e
- (c) Certa da **PROCEDÊNCIA TOTAL** deste recurso administrativo, requer que a recorrente juntamente com os Participantes que apresentaram propostas consideradas exequíveis,

segundo entendimento praticado pelo TCU e TCE-SP, sejam convocadas para continuar a fase de disputa de lances.

Requer ainda que todas as intimações sejam endereçadas para o endereço eletrônico da recorrente – e-mail: [haruno@thlaw.com.br](mailto:haruno@thlaw.com.br) –, sob pena de nulidade de todo e qualquer ato praticado sem a sua ciência ou anuência.

Termos em que,  
Pede deferimento.  
São Paulo, 29 de setembro de 2023.

**ALEXANDRE OLIVEIRA TRICTA HARUNO**  
**Sócio administrador**  
**Advogado**  
**OAB/SP 325.014**  
*(Documento assinado digitalmente)*

## PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal OAB. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://oab.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/0C0B-23E5-1A87-4FD9> ou vá até o site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 0C0B-23E5-1A87-4FD9



### Hash do Documento

0B6CDDE8AC0DAA2A74E7B47F291EABD2E5FCEE9130F7383B592AA4257E504C8C

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 29/09/2023 é(são) :

- ALEXANDRE OLIVEIRA TRICTA HARUNO (Signatário) -  
325.071.328-76 em 29/09/2023 14:13 UTC-03:00

**Nome no certificado:** Alexandre Oliveira Haruno

**Tipo:** Certificado Digital

