ACÓRDÃOS DO TCU:
I) INEXEQUIBILIDADE É RELATIVA;
II) JUSTIFICATIVA DO PREGÃO
PRESENCIAL

Ivan Barbosa Rigolin

(mai/25)

I – Dois recentes acórdãos do e. Tribunal de Contas da União, sobre licitação, são o motivo deste artigo.

O primeiro é o constante do proc. TC 017.861/2024-1, sessão de 6 de novembro de 2.024, rel. Min. Benjamin Zymler, sobre a *relatividade do conceito de inexequibilidade* de proposta em licitação. O segundo acórdão é o do proc. TC 008.292/2024-8, sessão de 9 de outubro de 2.024, mesmo relator, versando sobre a necessária justificativa da *necessidade de que o pregão seja presencial* e não eletrônico.

O tema do primeiro não constitui novidade em nosso direito, e sempre conteve um tema tormentoso na prática das licitações, reponsável por incontáveis mal-entendidos, conflitos de interpretação e dificuldades evidentes de aplicação. E, não podiam faltar, ações judiciais sem conta na *moleira* das autoridades e dos operadores. Já disséramos que operar licitações é uma atividade de alto risco.

O segundo acórdão enfrenta, esse, sim, uma inovação trazida pela Lei nº 14.133/21, que já era de esperar ante a dominância crescente e já quase absoluta do trabalho eletrônico sobre o presencial, e não apenas no direito como em qualquer disciplina intelectual exercitada na face do planeta.

O mundo das licitações nos últimos anos não propriamente se alterou mas se *inverteu de ponta-cabeça*, e as licitações realizadas hoje em pouco lembram aquelas tradicionais realizadas até passado recente.

Há quem diga – como este antigo e depauperado escriba – que é mais difícil *tourear* a eletrônica que compreender o mundo jurídico da licitação. É quando o meio operacional se torna mais árduo que o resultado, o fim ou o propósito de uma atividade. Sinal dos tempos ⁽¹⁾.

II – Em face da inusitada situação inicia-se pelo *segundo* acórdão indicado no título, que é o do proc. TC 017.861/2024-1, sendo a seguinte a sua ementa ⁽²⁾:

A REALIZAÇÃO DE
LICITAÇÃO PRESENCIAL PODE COMPROMETER
A COMPETITIVIDADE, A IMPESSOALIDADE, A
EFICIÊNCIA, A PROBIIDADE, A TRANSPARÊNCIA
E A CELERIDADE DO CEERTAME

¹ Difícil não é ganhar um recurso extraordinário, ou um recurso especial; difícil é fazê-los chegar à mesa dos dois Tribunais superiores ...

² Conforme publicada in *Boletim de licitações e contratos*, nº 239, mar/25, ed. Governet, Curitiba.

Até esse ponto o leitor já adquire o direito de ver cair seu queixo. É de embasbacar ! Até há poucos anos a presencial era a única licitação concebível, e a única existente.

A informática entretanto vem avançando geometricamente a cada dia que passa por todos os ramos da atividade humana no planeta, e atualmente pelo visto uma concorrência presencial passou a ser uma ameaça à probidade, à celeridade, etc, etc, ou ao menos parece profundamente suspeita ! *O tempora, o mores !..*

O que era único e consagrado passou a ser, no mínimo, muito suspeito, e para ser realizado hoje em dia demanda sólida justificativa. O que não for eletrônico já nasce com pecha de estranho, de não-confiável, de quase aberrante ... e não à toa alguns artistas clamam: - *parem o mundo, porque eu quero descer !*

A cibernetização de tudo institucional que existe é inevitável, já há tempo todos o sabem. Nada contra e tudo a favor da tecnologia, porém algumas consequências do que se observa assustam.

A cada dia se torna mais importante dominar o meio que o fundo. Em direito está mais seguro aquele perito em informática do que aquele grande profissional que não se ocupou de modernizar seu sistema de trabalho. Esse, pobre resquício do passado, cuide-se ! ...

Sim, até porque para atualização dos profissionais nada existe além da informática, de gigantescos arquivos digitais e de bancos de dados de tamanho infinito. Quem não lhes detiver o amplo acesso, e a técnica de os aplicar direta e

imediatamente em seu trabalho, está simplesmente alijado dos instrumentos para trabalhar. Mas atenção: hoje a técnica é uma, amanhã será outra, e mil modismos e atualizações terão sido criados de ontem para hoje.

Livros, sobretudo coleções legislativas e jurisprudenciais, atualmente servem ou como decoração para saudosistas ou como fundo em entrevistas à televisão, em organizadas bibliotecas que não devem ter sido tocadas há uns trinta anos ao menos, e cujo destino, porque ninguém os quer nem de graça, é o lixo.

Com o advento há algumas décadas, e com o hodierno incremento - assustador e quase mesmo apavorante - da IA, inteligência artificial, muito mais a preocupação 'humanística' assola quem ainda não se entregou por inteiro ao teclado do seu computador, como faz a mãe que se comunica com seu filho no cômodo ao lado através de mensagens de *whatsapp*. Pelo menos assim consegue com ele interagir ... parece piada.

A IA, que tem extraordinária utilidade em incontáveis aspectos do trabalho empresarial de hoje, entretanto já produz estragos em advocacia, com advogados dela abusando e recortando e colando coisas sem nexos, amiúde erradas e inaplicáveis, para compor peças que fazem cada vez menos sentido. Isso tem sido denunciado ao Judiciário, e reações desse Poder já se fazem sentir.

O plágio se entronizou dentro do sistema 'recorta e cola', com pouca ou sem nenhuma preocupação ética de sequer citar fontes e dar os créditos a quem de direito, na esperança de que ninguém queira verificar coisa alguma – porque afinal isso dá trabalho.

Muito bem, isso sem tirar nem pôr é o mundo da informática, esse mesmo que o e. Tribunal de Contas está praticamente *exigindo* nas presentes licitações.

III – Do segundo acórdão constante do título deste artigo, que é imenso, transcrevemos apenas o seguinte excerto, autoexplicativo:

(...) 49. Em nenhum momento, entretanto, apontaram-se à peça 28, p. 24-30, as desvantagens do uso da forma eletrônica ou a razões de ordem técnica e operacional impeditivas da realização da Concorrência 3/2024 sob aquele formato, mesmo após demoradas e repetitivas tergiversações sobre o tema. Dessa maneira, não se vislumbram nas colocações do jurisdicionado os motivos da escolha pela forma presencial, em conformidade ao art. 17, § 2º da Lei 14.133/2021. Em outras palavras, o conteúdo (peça 28, p. 24-30) não pode ser aproveitado para justificar a opção pela modalidade presencial.

50. Tampouco o argumento de que as peculiaridades e a natureza das obras impunham a adoção da concorrência presencial pode ser levada em conta, por se tratar de obra comum de engenharia a que o próprio jurisdicionado, segundo suas próprias palavras no processo de interlocução, afirmou estar habituado a realizar.

51. Com base nessa análise, pode-se concluir que a opção pela forma presencial para a Concorrência 3/2024, sem motivação a fundamentá-la, violou o contido no art. 17, § 2º da Lei 14.133/2021.

Observa-se:

- já se patenteia um rigor absoluto quanto a exigir justificativa, igualmente rigorosa, da forma presencial da concorrência realizada. O Tribunal não acatou as razões apresentadas pela origem, mencionando inclusive *tergiversações*, palavra pesada no contexto e que indica pouca tolerância da fiscalização ao certame presencial, a qual foi apoiada pelo voto do relator.

Tergiversação é desvio do assunto, simulação, evasiva, subterfúgio. Terá sido realmente isso o que ocorreu naquele caso relatado pelo acórdão ?

Não se conhecem aquelas justificativas, mas a atitude do Tribunal é de um rigorismo evidente. A concorrência presencial, única existente até há poucos anos, parece ter se tornado maldita, execrável, pecaminosa. Foi tal a inversão das regras que os tradicionalistas ‘presenciais’ devem ter sentido o golpe;

- o conceito ou a acepção de *obra comum de engenharia* (art. 55, inc. II, al. *a*) volta à baila. A grosseria desse conceito para nós, que sequer somos engenheiros, é indizível. Contém um tremendo desrespeito à profissão e às carreiras da engenharia, tanto quanto seria falar em serviço comum de advocacia, de medicina, de arquitetura ou de química por exemplo.

Não existe serviço comum de um profissional habilitado por formação superior, muitas vezes

extremamente árdua, onerosa e demorada, quando essa formação não é seguida de um *exame de ordem* que para muitos bacharéis acaba sendo mais difícil que a própria formação.

Foi precisamente para prestar serviços personalizados e distintos pela especialização que alguém se formou em dada disciplina universitária, e não para realizar serviços depreciativamente ditos ‘comuns’, sejam lá do que forem.

A lei de licitações não define ‘obra comum de engenharia’ no imenso art. 6º, das definições – talvez o mais extenso artigo de toda a legislação mundial de todos os tempos. Envergonhada, a lei apenas *en passant* menciona obra comum de engenharia no art. 55, no qual estipula os prazos mínimos de publicidade dos editais. Mas o acórdão em questão bateu nesse ponto de ‘obra comum de engenharia’;

- assim sendo o panorama atual, recomenda-se acendrado cuidado, tanto às autoridades desencadeadoras de licitações quanto aos autores de seus editais, uma vez que o certame presencial parece ter ingressado no *index* da proscricção, e aparenta correr hoje riscos inauditos na história do direito público.

Inverteu-se a pressuposição de *idoneidade do ato administrativo* neste caso. Passamos todos – na marra, querendo ou não - a cibernéticos e informáticos também em licitações. Quem não se conformar à nova situação queira, por obséquio, *pular do barco*.

IV – O segundo acórdão do e. TCU a merecer comentário, que é o primeiro a constar do título deste breve artigo, é o

do proc. TC 017.861/2024-1, sessão de 6 de novembro de 2024, rel. Min. Benjamin Zymler, e sua matéria diz respeito à *relatividade do conceito de inexequibilidade* de propostas oferecidas em licitação.

Esse assunto sempre foi canhestro, equívoco, tormentoso e perigoso para os operadores das licitações, porque inexistem parâmetros rigorosamente objetivos a nortear decisões da comissão de licitação sempre que se depara com propostas que, até onde saiba, lhe pareçam inexequíveis, ou ao menos temerárias.

Inexequível é a proposta que *financeiramente* não pode ser executada, porque o preço pedido não cobre os custos da execução, ou não permitem qualquer lucro ao proponente, o que comercialmente não faz sentido. Porém falar é fácil, e todos sabem disso, mas na prática é que *a porca torce o rabo*.

A anterior lei de licitações, após trazer sua redação originária muito simples e absolutamente subjetiva – o que sempre ensejou impasses e problemas práticos -, endureceu o critério de classificação de uma proposta como inexequível.

Fê-lo, entretanto de modo tão aleatório, com fatores tão imponderáveis e de difícil comprovação, que também não deu bom resultado a mudança, e desclassificar uma proposta por inexequível continuou sendo um pesado risco ao operador.

A atual Lei nº 14.133/21 *parecia ter resolvido a questão*, quando no § 4º do art. 59 ditou que

No caso de obras e serviços de engenharia serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

Jamais se viu redação mais clara e objetiva !

Elogiamos, em livro e artigos, essa concisão e exemplar objetividade – sem entrar no seu mérito sobre se poderia ser maior ou menos o percentual. O elogiável foi a objetividade que dissipou décadas de brumas, nevoeiro, conflitos, ranger de dentes, ações judiciais sem conta, paralisações e outros prejuízos imagináveis.

Doce ilusão ! O e. TCU vem de decretar que a lei está, nesse ponto, errada.

O que sempre se nos afigurou como uma ordem peremptória e de claríssimo comando na nova lei de licitação, para o e. TCU representa apenas uma *presunção relativa de inexequibilidade*.

Toda a segurança jurídica que aquele comando parecia dar aos operadores de licitação não é mais, afinal, que mera *presunção*, que pode ser invalidada administrativamente.

Veamos a ementa (TC 017.861/2024-1):

A INEXEQUIBILIDADE REPRESENTA UMA PRESUNÇÃO RELATIVA, DEVENDO A ADMINISTRAÇÃO DAR À LICITANTE A OPORTUNIDADE DE DEMONSTRAR A EXEQUIBILIDADE DE SUA PROPOSTA.

V – Quer parecer que o e. TCU transformou a *faculdade* prevista no § 2º do art. 59 da lei de licitação em *obrigação* para a Administração. Reza esse dispositivo:

Art. 59 (...)

§ 2º A Administração *poderá* realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inc. IV do caput deste artigo. (*Destaque nosso, a indicar uma faculdade, e não um dever*)

Desde o início da nova lei entendemos que essa faculdade de realizar diligência servia tão somente para apurar se a proposta *que não fosse inferior a 75% do valor orçado pela Administração, que pelo § 4º deveria ser sumariamente desclassificada*, era inexecutável ou não.

Sim, porque uma proposta de 90% do valor orçado pode perfeitamente ser inexecutável, mesmo não atingindo o valor de corte dado pela lei (menos que 75% do orçamento oficial). Nada assegura que a pesquisa de preço da Administração seja realista e confiável, neste aforamento geral pelo menor preço antes de tudo.

Porém, pela incisividade da lei (art. 59, § 4º) sempre foi de meridiana clareza que a proposta inferior aos 75% *precisaria ser desclassificada sumariamente* tão logo aberta e lida, sem qualquer diligência ou outro procedimento de apuração, porque os números propostos, se estão abaixo do mínimo legal, não admitem explicação em diligência, investigação ou inquérito.

A teor da lei seria *proibida* a classificação daquela proposta abaixo de 75%, e o § 2º jamais invalida o rigor do § 4º.

Mas o e. TCU entende diferente, praticamente declarando obrigatória a diligência (art. 59, § 2º) que a lei declara

apenas facultativa. E a sua jurisprudência já se consolida e se avoluma, conforme se lê do mesmo acórdão por último referido.

VI - Vejamos alguns excertos desse TC 017.861/2024-1, que citam outros 3 (três) acórdãos da Corte no mesmo sentido, a demonstrar a solidez da sua jurisprudência atual:

Como bem apontado pela unidade técnica, a ausência de diligência oportunizando ao licitante comprovar a exequibilidade de sua proposta constitui afronta à jurisprudência do TCU:

"Deve ser realizada diligência para que a licitante vencedora do pregão comprove a exequibilidade dos itens com preços consideravelmente inferiores aos estimados pela empresa estatal (art. 56, caput, inciso V e § 2º, da Lei 13.303/2016) , ainda que o preço global ofertado esteja acima do patamar legal definido como parâmetro objetivo para a qualificação da proposta como inexequível (art. 56, § 3º, da Lei 13.303/2016) " - Acórdão 2189/2022-TCU-Plenário.

"O critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração, nos termos do art. 59, § 2º, da referida lei, dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta" - Acórdão 465/2024-TCU-Plenário; e

"O critério definido no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, sendo possível que a Administração conceda à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, nos termos do art. 59, § 2º, da referida lei" - Acórdão 803/2024-TCU-Plenário.

*13. Com efeito, considero correta a interpretação de que a regra de inexequibilidade presente no art. 59, § 4º, da Lei 14.133/2021 não representa uma presunção absoluta, devendo ter sua interpretação compatibilizada com o disposto no inciso IV do **caput** e no § 2º do mesmo artigo, o qual prevê a possibilidade de realização de diligências para sanear dúvidas sobre eventual inexequibilidade da proposta.*

Esclareça-se que no mérito entendemos boa e saudável a orientação do e. TCU, que se explica pela perseguição do menor preço – que seja sério, responsável e exequível – para as contratações do poder público.

Apenas que, diante dessa posição do Tribunal, é de alertar enfaticamente aos operadores e julgadores de licitações que, independente do que reze o § 4º do art. 59 da lei, *sempre concedam* oportunidade de que o proponente abaixo de 75% do valor orçado pela Administração explique, fundamente e demonstre a exequibilidade do que propôs no certame.

Apenas em não conseguindo demonstrá-la, aí então, documentada e fundamentadamente desclassifique sua proposta por inexequível – ainda que por vezes o proponente seja um conhecido e irresponsável aventureiro, *picareta* da pior espécie, useiro e vezeiro em ensejar problemas e dissabores ao poder público, e que no caso que tenha proposto, por exemplo, 40% do valor orçado no edital.

Ainda assim, conceda-se-lhe contraditório e explicação, porque se o safado sem-vergonha tem a *cara-de-pau* de propor barbaridades à Administração, os operadores da licitação é que não devem assumir o risco de sumariamente desclassificá-lo, mesmo que amparados na letra da lei.

Ou seja, toda a objetividade da lei foi substituída, outra vez na história das licitações, por um procedimento que não oferece parâmetros seguros ao operador do certame, porque se está voltando ao tempo do julgamento subjetivo da inexequibilidade.

Mesmo que agora o proponente possa ofertar uma enxurrada de papéis e de demonstrações - que afinal, repetimos, podem *não corresponder* à verdade do mercado - que o proponente conhece e que os julgadores da licitação não conhecem, e nesta matéria apenas *comem pela mão dos outros*.

O proponente sabe construir uma peça de teatro nas suas justificativas, e não será o operador de licitações que a desmentirá com proficiência técnica, pois que não é do ramo. Por bem ou por mal, portanto, voltou a *subjetividade* a presidir os

apontamentos de inexequibilidade das propostas em licitação. *Plus ça change, plus c'est la même chose.*

A ideia do e. TCU, repetimos, na essência e no fundo é meritória porque é de índole cautelar e bem-intencionada, porém passou a exigir do operador uma providência que na lei lhe está apenas facultada. E providência que, como no passado, lhe cria embaraços técnicos.

O tempo dirá se a orientação do Tribunal deu certo e bons resultados, ou se ficou apenas na boa intenção, mas enquanto a lei tiver a presente redação e o e. TCU mantiver esta orientação cautela e água benta nunca farão mal.