

AS *garantias previstas na Lei 14.133/21 para a contratação de obras e serviços de engenharia: maior segurança para a Administração Pública ou desestímulo à competitividade?*

The Guarantees Provided by Law No. 14,133/21 Contracting Works and Engineering Services: Greater Security for Public Administration or a Disincentive to Competitiveness?

Alexandre Ferreira da Silva Paiva

Graduado em Direito pela Universidade de Uberaba (Uniube); graduado em Administração Pública pela Universidade Estadual Paulista (Unesp); pós-graduado em Licitações, Contratos Administrativos e Orçamento Público pela Universidade de São Paulo (USP); assessor jurídico da Associação dos Municípios da Microrregião do Vale do Paranaíba (Amvap) e do Consórcio Público Intermunicipal de Saúde do Triângulo Mineiro (Amvap Saúde). E-mail: alexandrepaiva.adv@gmail.com

145

RESUMO

As compras públicas, além dos regramentos legais a elas empregados, já trazem em sua própria essência a observância de um maior zelo, responsabilidade e cautela durante todo o processo de contratação, haja vista a necessidade contínua imposta aos gestores em se dar uma melhor aplicação e destinação aos recursos públicos, de modo que esses consigam de fato atingir as finalidades pretendidas pelo órgão governamental diante das demandas apresentadas pela sociedade. Para o atingimento dos objetivos almejados com a contratação, notadamente a nova lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, traz como destaque a necessidade da Administração de assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso, observando-se inclusive aspectos relativos ao ciclo de vida do objeto. Sabe-se que a confirmação da obtenção de uma proposta mais vantajosa não necessariamente implica na contratação daquela que apresente um menor valor monetário, mas sim que seja comprovadamente executável e capaz de atender de modo efetivo aos interesses e anseios da coletividade. O objeto desse estudo possui o intuito de demonstrar, quando a licitação envolver a contratação de obras e/ou serviços de engenharia e considerando o método de julgamento das propostas trazidos pelo novo regramento das contratações públicas, que, a depender do caso, a necessidade de apresentação de garantia adicional pelo licitante vencedor, além da apresentação de outras garantias passíveis de serem requeridas, ao invés de se tornar um mecanismo capaz de resguardar os interesses da Administração, na verdade poderá acarretar um efeito adverso e até mesmo nocivo ao poder público, de forma a desestimular e prejudicar a competitividade do certame, dificultando a obtenção de uma proposta certificadamente mais vantajosa para o órgão e, mais do que isso, contrariando um dos principais objetivos das licitações públicas traçados na norma pelo próprio legislador. A metodologia empregada para a presente pesquisa foi explicativa, de natureza qualitativa e teve como fonte de dados a realização de pesquisas documental e bibliográfica a respeito do tema.

Palavras-chave: licitação pública; obras e serviços de engenharia; garantia adicional; exequibilidade; vantajosidade da proposta.

* Artigo recebido em 07/03/2023. Aceito para publicação em 24/11/2025.

ABSTRACT

Public procurement, in addition to the legal regulations employed to them, already brings in its very essence the observance of greater zeal, responsibility and caution throughout the contracting process, given the continuing need imposed on managers to give a better application and destination of public resources, so that they can actually achieve the purposes intended by the government agency before the demands presented by society. To achieve the objectives sought in the contract, the new law on public tenders and administrative contracts, Law n° 14.133 of April 1, 2021, highlights the Administration's need to ensure the selection of the proposal that will generate the most advantageous contracting result, including aspects related to the object's life cycle. It is known that obtaining confirmation of a more advantageous proposal does not necessarily imply hiring the one that presents the lowest monetary value, but rather the one that is demonstrably executable and effectively meets the interests and desires of the community. The purpose of this study is to demonstrate, when the bidding involves the contracting of engineering works and/or services and considering the method of judging proposals brought by the new public contracting regulations, that, depending on the case, the winning bidder may be required to submit an additional guarantee, in addition to other guarantees that may be required, instead of becoming a mechanism capable of safeguarding the Administration's interests, in fact, it may cause an adverse and even harmful effect to the government, discouraging and damaging the competition, making it difficult to obtain a proposal that is certifiably more advantageous to the government and, more than that, going against one of the main objectives of public bids outlined in the law by the legislator itself. The methodology employed in the present research was explanatory and qualitative, and its data source was documentary and bibliographical research on the subject.

Keywords: *Public Bidding; Engineering Works and Services; Additional Guarantee; Feasibility; Proposal Advantage.*

1 INTRODUÇÃO

Diante da imposição constitucional de que o Estado tem o dever de direcionar, da forma mais eficiente, eficaz e transparente possível, os recursos que compõem o erário público para a materialização dos objetivos traçados em suas diversas políticas públicas, foi estabelecido que a escolha dos fornecedores de bens, serviços e obras à Administração Pública deve se dar por meio das licitações públicas, assegurada a igualdade de condições a todos os concorrentes.

Nesse ínterim, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que entrará efetivamente em vigor para todos os entes da federação a partir de 1º de abril de 2023, é o diploma legal que dispõe de todo o regramento para a seleção dos fornecedores, além da gestão e fiscalização dos contratos administrativos firmados até que o objeto da contratação seja integralmente concluído e os objetivos pretendidos sejam alcançados e, caso não sejam, quais os procedimentos que deverão ser adotados para o ressarcimento e a aplicação das penalidades cabíveis diante de eventuais danos causados ao poder público.

Especificamente para a contratação de obras e/ou serviços de engenharia, com o advento do novo diploma legal das contratações públicas, o legislador buscou manter alguns mecanismos já adotados na legislação anterior e criar outros escudos para a Administração Pública que visam impedir a proliferação de obras públicas inacabadas, em virtude de um cenário já preocupante nesse sentido, conforme levantamentos realizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Uma das formas adotadas pelo legislador, além da fixação de medidas mais rigorosas para o acompanhamento e gestão dos contratos administrativos, dá-se em relação à exigência das garantias contratuais que, a princípio, não se estabelece de forma obrigatória. Porém, em determinadas situações, vê-se que haverá a obrigatoriedade de sua apresentação por meio de uma garantia adicional e, com isso, a realidade poderá nos mostrar que tal providência implicará em situações desarrazoadas e desproporcionais que podem colocar em xeque um dos objetivos basilares das licitações públicas, que é a busca por uma proposta capaz de gerar um resultado mais vantajoso para a Administração.

Posto isso, o intento do presente estudo não é depreciar os meios legais impostos pelo ordenamento para garantir a conclusão das obras públicas, mas sim, mesmo com o denso aparato normativo que coloca a Administração em uma posição privilegiada diante do particular, avaliar potenciais impactos causados pelo uso de algumas medidas que poderão dificultar o surgimento de novos *players* interessados em transacionar com o poder público, afastar potenciais licitantes já estabelecidos no mercado, concentrar as contratações apenas em um seletivo grupo de grandes empreiteiras e, mais do que isso, gerar incertezas no que tange à alocação efetiva, racional e eficiente dos recursos públicos.

2 IMPORTÂNCIA E ALCANCE DAS GARANTIAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PARA A CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

a) Importância das garantias nos contratos administrativos

Embora possa soar pretensioso, o objetivo deste estudo não é, sobretudo, tentar introduzir a ideia de que as exigências de garantias nos contratos administrativos sejam consideradas desnecessárias ou entendidas como mais um entrave burocrático imposto pela Administração para dificultar ou onerar a execução de uma obra ou serviço de engenharia; mais do que isso, criar obstáculos que impeçam o alcance dos benefícios pretendidos pelo poder público para a satisfação dos interesses coletivos.

Em tempo, ressalta-se que a garantia contratual é um mecanismo essencial para resguardar a parte contratante de alguns infortúnios e, no caso específico do contrato administrativo, tais cláusulas se revestem de uma relevância ainda maior, em virtude de os recursos envolvidos na contratação se originarem dos cofres públicos, o que requer cautelas ainda maiores a serem adotadas pelos gestores públicos para assegurar a materialização de políticas públicas nele intrincadas e o efetivo atendimento às necessidades e anseios da Administração Pública.

É por meio das garantias contratuais que o poder público busca assegurar o pagamento de justa indenização em caso de danos ou prejuízos acarretados em virtude do não cumprimento ou do cumprimento insatisfatório pelo particular das cláusulas pactuadas, podendo ainda ser requerido, conforme o caso, o pagamento de multas, sem prejuízo da aplicação de demais sanções previstas na própria legislação que rege as contratações públicas, além de outras fixadas em legislação especial.

Quando se está do “lado do balcão” reservado ao poder público, o que o mercado tende a sinalizar como exigências excessivas e antieconômicas, tem-se que, para a Administração, a adoção dessas deliberações constitui a personificação do dever de cuidado e de probidade no trato com o dinheiro público e no resguardo dos interesses da coletividade.

Porém, por trás de todas essas ponderações adotadas pela Administração para assegurar a plena e integral execução dos contratos e atingir os objetivos pretendidos com a contratação, existem outras importantes condicionantes que também devem ser sopesadas pelo poder público diante de um eventual insucesso no curso da execução ou na entrega do objeto contratado, tais como: ausência ou falhas de planejamento, erros e inconsistências na elaboração de editais de licitação e projetos, pouca efetividade na gestão, acompanhamento e fiscalização dos contratos, recursos financeiros insuficientes para o cumprimento das obrigações contratuais etc.

Portanto, diante dessa junção de fatores, seja quanto ao uso racional dos recursos públicos, seja quanto à adoção eficaz das ferramentas indispensáveis à efetivação da planificação, gestão e acompanhamento das contratações, confere-se ao poder público uma responsabilidade ainda maior para que seus objetivos sejam plenamente satisfeitos, sem que isso afete de modo determinante a competição entre aqueles que pretendem firmar negócios com a Administração Pública.

b) Aspectos gerais sobre a paralisação de obras públicas no Brasil

Quando o tema em discussão remete às obras públicas no Brasil, sempre vêm à tona questões relativas às obras paralisadas. Não há como negar que, dificilmente, se encontrará no país um cidadão que não tenha se deparado com uma obra paralisada ou inacabada, seja no município em que reside, seja no país afora. De fato, constata-se que estamos diante de um panorama até mesmo alarmante.

A título de ilustração, o TCU, por intermédio do Acórdão nº 1.079/2019 -

Plenário¹, realizou um importante diagnóstico apontando os principais aspectos que determinaram a paralisação de obras públicas, com base em amostras derivadas de obras custeadas com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) - esse programa foi criado em 2007 - com vistas a implantar ações de planejamento a longo prazo, com o estabelecimento de parcerias entre governo, empresas estatais e iniciativa privada, viabilizando investimentos para a realização de obras de modernização e ampliação da infraestrutura no país, dentre outros.

Nesse estudo, identificou-se que, à época do diagnóstico, havia mais de 38.000 (trinta e oito mil) contratos de obras consolidados, dos quais 14.000 (quatorze mil) se encontravam paralisados, o que representava quase 37% (trinta e sete por cento) das obras, totalizando expressivos R\$ 144 bilhões.

Dessas obras paralisadas, 10% (dez por cento) decorreram de impedimentos de ordem financeira e orçamentária, seja por questões relativas à necessidade de aporte de contrapartida pelos entes subnacionais ou, até mesmo, por contingenciamentos nos recursos orçamentários fixados pelo governo. No entanto, das razões mais impactantes que culminaram nessas paralisações, 47% (quarenta e sete por cento), ou seja, quase a metade dos motivos, decorreram de problemas técnicos (falhas de projeto ou dificuldades de caráter executivo) e 23% (vinte e três por cento) são resultado de abandono da execução contratual pela empresa contratada.

Importantes e recentes esforços institucionais têm sido empreendidos com vistas a reduzir esses números, com destaque para o Programa Integrado para Retomada de Obras (‘Programa Destrava’), criado em 2020, com a finalidade de, por meio de atuação em rede, mobilizar agentes públicos e identificar as causas de paralisação das obras. A partir daí, a ideia central é propor alternativas e soluções para a retomada das obras. Para isso, foi instituído um Comitê Executivo Nacional para Apoio à Solução das Obras Paralisadas formado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Tribunal de Contas da União (TCU), Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon), Ministério da Infraestrutura, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), Advocacia-Geral da União (AGU) e Controladoria Geral da União (CGU).

Portanto, de acordo com o levantamento realizado pela Corte de Contas da União, a Administração Pública foi a grande “protagonista” das causas que levaram à paralisação

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.079/2019**. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 15/5/2019. Disponível em: < <http://www.portaltcu.gov.br> >. Acesso em: 4 jul. 2022.

das obras públicas do PAC. Tal constatação leva a crer em um cenário ainda mais assustador ao se pensar na realidade indicada para as obras financiadas com recursos dos estados e municípios brasileiros.

c) Previsão legal das garantias na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Numa visão, digamos, mais pessimista, por mais que a Administração Pública busque se resguardar de todas as formas contra a paralisação ou o inadimplemento contratual, ainda não se terá a convicção do cumprimento integral do contrato firmado. Com isso, a determinação de apresentação de garantias pelos particulares se torna uma forma de buscar amenizar esses eventuais danos, uma vez que a apresentação de proposta de preços em um procedimento licitatório nada mais é que uma mera expectativa que poderá vir ou não a se concretizar, uma vez que existem inúmeros fatores e variáveis que poderão gerar impactos no curso da execução do contrato.

Mesmo com toda essa importância, o legislador, com o advento da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, assim como acontecia na legislação anterior, não revestiu as garantias como uma cláusula indispensável aos contratos administrativos, cabendo aos gestores públicos, na fase preparatória do certame, diante das características, peculiaridades, complexidades e do valor estimado da contratação, avaliar a necessidade de sua exigência diante da exposição de motivos e justificativas pertinentes.

Por mais que pareça um contrassenso, o tratamento facultativo dado à exigência de apresentação de garantias nas licitações públicas se justifica, em primeira análise, pelo fato de elas não serem consideradas pelo legislador um fator determinante para assegurar o pleno cumprimento dos contratos, o que só reforça a tese de que a decisão do gestor em exigir garantias ao particular somente deve se dar em determinadas situações.

A justificativa encontrada para tal afirmação deve-se ao ordenamento jurídico já dispor de inúmeros outros mecanismos capazes de resguardar a Administração e o interesse público no atendimento aos objetivos pretendidos com a contratação. Como exemplo, no caso das obras e serviços de engenharia, pode-se destacar: exigência de comprovação de qualificação e capacidade técnica dos licitantes ainda na fase de julgamento do certame (art. 67²); adoção do instrumento auxiliar da pré-qualificação

² Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação; II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso,

(inciso I do art. 80³); identificação dos riscos contratuais e previsão de matriz de alocação de riscos, que poderão ser alocados entre contratante e contratado (art. 103⁴); utilização das prerrogativas conferidas à Administração nos contratos administrativos (art. 104⁵); realização do recebimento provisório e definitivo do objeto do contrato (inciso I do art. 140⁶); dentre outros.

Mais do que isso, como bem retratado por Fortini e Amorim⁷ (2020, p. 87), o poder discricionário conferido ao administrador para exigir garantias nas contratações públicas requer maior ponderação, uma vez que poderá resultar no desinteresse de potenciais *players* diante da possibilidade real de oneração das propostas a serem apresentadas e, como consequência, trazer prejuízos à competitividade e dificultar a obtenção de uma proposta mais vantajosa para a Administração.

Com efeito, a justificativa há explicar os motivos que conduziram a opção pela imposição de prestação de garantia pelo particular, sobretudo porque não se trata de escolha indolor. A atratividade do certame e o valor do contrato poderão ser impactados. Garantias privadas podem de tal sorte onerar a proposta, pelo que o melhor caminho é não vulgarizar seu uso (Amorim, Fortini, 2020, p. 87).

Uma vez exigidas, a apresentação das garantias deve ocorrer por meio de uma das seguintes modalidades: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária (incisos I a III do § 1º do art. 96⁸ da Lei nº 14.133, de 2021).

que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei; III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso; V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso; VI - declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

³ Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente: I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

⁴ Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

⁵ Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III - fiscalizar sua execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

⁶ Art. 140. O objeto do contrato será recebido: I - em se tratando de obras e serviços: a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico; b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais;

⁷ 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. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 87-127, out./dez. 2020.

⁸ Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos. § 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia; II - seguro garantia; III - fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no país pelo Banco Central do Brasil.

A comprovação de atendimento pelo particular poderá ocorrer, conforme fixado no ato convocatório, de modo combinado ou não, em dois momentos distintos do procedimento licitatório.

O primeiro momento seria na fase de apresentação de propostas de preços, como condição de pré-habilitação dos licitantes, nos termos das disposições fixadas no art. 58⁹ da Lei nº 14.133, de 2021. A garantia está limitada a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação, devendo ser devolvida no prazo de 10 (dez) dias úteis, contados da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação. Destaca-se ainda que a recusa do licitante vencedor em assinar o contrato ou a não apresentação de documentos exigidos para a contratação implicará a execução do valor integral da garantia de proposta.

Já o segundo momento seria após a homologação do certame licitatório, ou seja, na fase contratual. Para as contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, podendo ser aumentada para até 10% (dez por cento), desde que justificada e mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos. Além disso, conforme previsão do art. 101¹⁰ da Lei nº 14.133, de 2021, caso haja a entrega de bens pela Administração, dos quais a empresa contratada atue como depositária, o valor desses bens será acrescido ao valor da garantia.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto (aquelas com valor estimado superior a R\$ 216.081.640,00 (duzentos e dezesseis milhões oitenta e um mil seiscientos e quarenta reais)), conforme inteligência do art. 99¹¹ da Lei nº 14.133, de 2021, ainda poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada, no percentual de até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, com o intento de assegurar o cumprimento do objeto e resguardar ainda mais os interesses da Administração.

De forma bastante genérica, já que, além de não ser o foco central deste estudo, esse é um tema que tem gerado acalorados debates entre os estudiosos da matéria, o

⁹ Art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação. § 1º A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação. § 2º A garantia de proposta será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contados da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação. § 3º Implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação. § 4º A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 desta Lei.

¹⁰ Art. 101. Nos casos de contratos que impliquem a entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, o valor desses bens deverá ser acrescido ao valor da garantia.

¹¹ Art. 99. Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato.

mecanismo de *step-in rights*, como também é conhecida a cláusula de retomada citada anteriormente, preceitua que, em caso de eventual inadimplemento contratual pelo particular no curso da execução, caberá à seguradora assumir a execução das obras e serviços, devendo finalizá-los seja de forma direta ou por meio de subcontratação.

Quanto à devolução, nos termos do art. 100¹² da Lei nº 14.133, de 2021, ainda que não tenha sido definido um prazo específico, a garantia será liberada ou restituída ao particular, com as devidas correções e atualizações conforme o caso, após a fiel execução do contrato ou após a sua extinção, quando essa ocorrer por culpa exclusiva da Administração.

Por força do art. 89¹³ da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, ainda que os contratos previstos nessa norma estejam, prioritariamente, amparados pelas regras de direito público, foi mantida pelo legislador a previsão de aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado nos contratos firmados pela Administração Pública.

Nesse sentido, no caso da contratação de obras públicas, ainda se abre campo para a aplicação de dispositivos legais estabelecidos no Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002 (Brasil, 2002)) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Brasil, 1990)).

Quanto à aplicação do Código Civil nos contratos de obras públicas, destaca-se o conhecido dispositivo da “garantia quinquenal”, o qual foi recepcionado pela Lei nº 14.133, de 2021, em seu § 6º do art. 140¹⁴, que consiste no período de 5 (cinco) anos, definido pelo art. 618¹⁵ da norma, no qual as empresas contratadas possuem responsabilidade objetiva pelos defeitos identificados nas obras.

Por se tratar de responsabilidade objetiva, as empresas contratadas respondem diretamente pelos danos causados a terceiros quando da ocorrência de defeitos

¹² Art. 100. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a fiel execução do contrato ou após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

¹³ Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹⁴ Art. 140. [...] § 6º Em se tratando de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato, da responsabilidade objetiva pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel, e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

¹⁵ Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

construtivos, independentemente de dolo ou culpa, desde que essas sejam notificadas no prazo de 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao aparecimento do defeito.

No caso das obras públicas, ressalta-se que, independentemente de o recebimento se dar de forma provisória ou definitiva, isso não rechaça a responsabilidade civil do particular pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem aqueles de natureza ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato, este em conformidade com o § 2º do art. 140¹⁶ da Lei nº 14.133, de 2021.

No que tange à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de obras públicas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁷ manifesta que sua aplicação deve se dar de forma excepcional, devendo ser avaliado o caso concreto de modo a se constatar que a Administração se encontra em posição de vulnerabilidade técnica, científica ou econômica na relação contratual, já que o contrato administrativo, como dito anteriormente, confere uma posição privilegiada ao poder público diante da obrigatoriedade de introdução de cláusulas exorbitantes nesse instrumento.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATO COM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TRANSFERÊNCIA BANCÁRIA. EQUÍVOCO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO CDC À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOMENTE EM SITUAÇÕES ESPECÍFICAS SE EXISTENTE VULNERABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

[...] 3. Cinge-se a controvérsia a saber se a Administração Pública pode ser considerada consumidora de serviços por ela contratados. 4. O conceito de consumidor consta do art. 2º do CDC, verbis: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final." 5. Não se desconhece a existência de precedentes do Superior Tribunal de Justiça afastando a incidência do CDC em contratos em que é parte a Administração Pública (REsp 527.137/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 31/5/2004, p. 191; e REsp 1.745.415/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 21/5/2019). Embora exista doutrina que defenda que o conceito de consumidor não abrange o Estado, por entender que não existe desequilíbrio entre o fornecedor e a Administração Pública, em virtude do regime jurídico administrativo, em que há supremacia do interesse público sobre o privado, e pela prestação, objeto e condições contratuais serem definidos pelo Estado, esse não é o entendimento que deve preponderar. 6. A Administração Pública pode ser considerada consumidor de serviços, porque o art. 2º do CDC não restringiu seu conceito a pessoa jurídica de direito privado, bem como por se aplicarem aos contratos administrativos, supletivamente, as normas de direito privado, conforme o art. 54 da Lei 8.666/1993, e, principalmente, porque, mesmo em relações contratuais regidas por normas de direito público preponderantemente, é possível que haja vulnerabilidade da Administração. 7. Apesar de a Administração Pública poder definir o objeto da licitação (bens, serviços e obras), o fato é que serão contratados os disponíveis no mercado, segundo as regras nele praticadas, de modo que o Estado não necessariamente estará em posição privilegiada ou

¹⁶ Art. 140. [...] § 2º O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilidade civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp.: 1772730 DF 2018/0264871-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/05/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2020.

diferente dos demais consumidores, podendo, eventualmente, existir vulnerabilidade técnica, científica ou econômica, por exemplo. 8. A existência das cláusulas exorbitantes que permitem a modificação das cláusulas contratuais e a revisão diante de fatos supervenientes, além das prerrogativas decorrentes do regime jurídico de direito público como a possibilidade de aplicar sanções, fiscalizar e rescindir unilateralmente o contrato e recusar o bem ou serviço executado em desacordo com a avença ou fora das especificações técnicas, conferem condição especial à Administração, dispensando-se o uso do CDC, na maior parte dos casos. 9. Contudo, a legislação especial relativa à contratação de bens, obras e serviços públicos não confere proteção direta à Administração Pública na posição de consumidora final ou usuária de serviços, sendo que a própria Lei de Licitações e Contratos prevê a aplicação supletiva das normas de direito privado. 10. Além disso, a Administração Pública celebra contratos regulados predominantemente por regras de direito privado, nos termos do art. 62, § 3º, da Lei 8.666/1993, como os de locação, seguro e mesmo os bancários, como é o caso dos autos. 11. Apesar de não ser o caso em exame, não se podem olvidar, ainda, os pactos feitos pelas pessoas jurídicas de direito privado que exploram atividade econômica: empresas públicas e as sociedades de economia mista. Nessa última situação, tais empresas não celebram contratos administrativos, não incidindo as cláusulas exorbitantes. Por não serem contratos administrativos não se justifica afastar a aplicação do CDC. 12. Portanto, diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, quando os instrumentos previstos na legislação própria foram insuficientes ou insatisfatórios, deve ser assegurada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à Administração Pública. Nessa linha já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: RMS 31.073/TO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 8/9/2010. 13. Na hipótese dos autos, a aferição das circunstâncias do caso concreto para apuração da existência de excepcionalidade e vulnerabilidade da Administração demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos, de modo que incide no caso a Súmula 7/STJ. 14. Recurso Especial não conhecido (STJ - REsp: 1772730 DF 2018/0264871-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/05/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2020).

O que se percebe, além da notável importância, é que os contratos administrativos que têm por objeto a realização de obras e/ou serviços de engenharia estão amparados por garantias que vão além daquelas previstas no ordenamento que rege as contratações públicas, ainda que o poder público opte por não as exigir de forma expressa nos instrumentos contratuais, de modo a conferir maior segurança à Administração Pública para a concretização e atendimento às suas necessidades.

Portanto, é necessário que o gestor aja sempre de forma ponderada ao entender a importância da sua exigência, de modo a evitar, por meio de uma análise criteriosa e segura, que a garantia não se torne um entrave que sirva apenas para onerar a contratação (“barreira à entrada”), afastar potenciais licitantes do certame, trazer prejuízos à competitividade e impedir a obtenção de uma proposta mais vantajosa, o que contraria, sistematicamente, os objetivos da licitação estampados na nova legislação de contratações públicas.

3 A RELEVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VANTAJOSIDADE NA LEI 14.133/21

Partindo do pressuposto de que não há uma hierarquia entre os princípios jurídicos que regem as contratações públicas, considerando o fato de que o texto da nova lei de licitações e contratos administrativos traz expressamente em seu art. 5º¹⁸ a descrição de nada mais, nada menos que vinte e dois princípios que nortearão as contratações governamentais, objetivamente, nota-se que, a partir de uma análise mais criteriosa desse novo marco legal, o princípio da vantajosidade ganha maior destaque e projeção no curso da norma.

Ainda que não esteja elencada no rol dos princípios, a seleção da proposta apta a gerar o resultado mais vantajoso para a contratação está inserida como um dos pilares no processo de contratação pela Administração Pública. Comprova-se essa máxima quando se observa o destaque que lhe é dado ao longo do texto da lei em algumas oportunidades, como se vê com mais ênfase, por exemplo, no inciso I do art. 11¹⁹ e no inciso VIII do art. 18²⁰.

Chega a ser óbvio o apontamento de que, quanto menor o dispêndio de recursos financeiros nas compras governamentais, maiores serão os benefícios para o erário público, de tal sorte que oportunizará à Administração Pública realocar os valores economizados na consecução de outras ações relevantes e de interesse da coletividade. Todavia, a ideia de uma contratação mais vantajosa não pode e não deve se resumir única e exclusivamente à seleção daquela proposta que apresente apenas um menor valor financeiro.

Quando da concepção do objeto, ainda na fase preparatória, seja aquisição de um produto, contratação de um serviço ou processo, o enfoque da contratação também deve se concentrar em aspectos relativos ao ciclo de vida útil do objeto, que, como bem sintetiza Pedro Niebuhr²¹ (2021, p. 100), deve ser considerada sua trajetória “do berço ao

¹⁸ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

¹⁹ Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

²⁰ Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: [...] VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto.

²¹ NIEBUHR, Joel de M. et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

túmulos”, sem se esquecer de que a contratação ainda deverá privilegiar o incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável, o que perfaz a busca por soluções inovadoras atreladas à sustentabilidade (“licitações verdes”), aliada ao progresso econômico e à proteção e conservação do meio ambiente, como destaca o inciso IV do art. 11²² da nova lei de contratações públicas.

Nota-se aí um reflexo claro, trazido pela necessidade de avaliar qual proposta apresentará a melhor relação custo-benefício, ou seja, a Administração deverá proceder ao menor desembolso possível de recursos e, em contrapartida, extrair o melhor dos resultados, para que, só assim, tenha-se, de fato, a configuração de uma proposta mais vantajosa.

Da mesma maneira, Marçal Justen Filho²³ (2008, p. 63) há muito já recomenda:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos interrelacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro se vincula à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração (Justen F., 2008, p. 63).

A análise da relação custo-benefício, a priori e de forma bastante sintética, é comumente realizada pelo mercado no que se conhece como análise marginal. É uma ferramenta utilizada para auxiliar as empresas na tomada de decisões e para a potencialização e maximização de seus lucros, consistindo na realização de estudos e comparativos relacionados à incidência dos custos e os benefícios pretendidos para determinada operação ou atividade, de modo a oferecer uma melhor orientação quanto às estratégias a serem adotadas para a obtenção dos resultados planejados.

Trazendo essa realidade para as compras governamentais, vê-se que tal prática foi recepcionada pela Lei nº 14.133, de 2021, uma vez que a análise do custo-benefício possui estreita relação com o princípio da economicidade e a necessidade legal de se buscar contratações mais vantajosas.

Com isso, o texto da nova lei reverbera a preocupação do legislador em estabelecer que não se mostra mais aceitável a escolha pura e simples da proposta que

²² Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: [...] IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12a ed. São Paulo: Dialética, 2008.

apresente o menor valor, ainda que, segundo Marcos Nóbrega²⁴ e Rafael Sérgio de Oliveira, o sistema brasileiro de licitação possua um “verdadeiro fetiche pelo menor preço”. Além desse importante fator, a proposta a ser selecionada deverá ser aquela que representa menor onerosidade para a Administração e que também seja capaz de trazer em seu bojo elementos suficientes para formar a convicção do gestor público de que a solução escolhida seja a melhor, a mais completa e capaz de atender às necessidades públicas.

4 RISCOS INERENTES À CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

Ao se pensar na contratação de uma obra ou serviço de engenharia, não resta a menor dúvida de que o gestor público, ao decidir colocar em prática a execução das ações delimitadas no arranjo de políticas públicas pré-definidas, já vislumbra os objetivos pretendidos e os benefícios que serão gerados.

Todavia, para o atingimento desses resultados, tem-se um cenário repleto de incertezas a partir do início da execução dos serviços, o que faz com que a Administração, ainda na fase preparatória da licitação, tenha que se cercar de todos os métodos e medidas possíveis para tentar mitigar essas desconfiças, por meio de uma análise de riscos efetiva e da sua respectiva alocação entre as partes. Isso se torna possível por meio da introdução de uma matriz de riscos no instrumento a ser pactuado, nos moldes preconizados na nova lei de contratações públicas.

Nesse panorama de insegurança criado pelos “riscos” advindos da contratação, o primeiro passo para atenuar a ocorrência desses eventos incertos é a sua identificação, de modo a elencar quais fatores poderão comprometer a satisfação da necessidade ou a obtenção dos resultados pretendidos no momento da assinatura do contrato.

Com o auxílio da matriz de riscos, é possível que o gestor identifique, mensure e avalie com mais exatidão quais são esses eventos, de forma a examinar o nível de cada um deles, as probabilidades de sua ocorrência, a adoção de ações de prevenção e contingenciamento e, diante de um eventual acontecimento, quais seriam os impactos dele decorrentes e as medidas a serem adotadas para o seu saneamento.

²⁴ NÓBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Projeto da Nova Lei de Licitação**, o “Fetiche da Mediocridade” e o Empecilho ao *Best Value for Money*. Disponível em: www.licitacaoecontrato.com.br. Acesso em: 20 jul. 2022.

Por mais que tenhamos inúmeras incertezas quanto à execução de uma obra ou um serviço de engenharia, seja de maior ou menor monta, há de se reconhecer que, ao se estabelecer de forma expressa os seus potenciais riscos, certamente isso oportunizará à Administração a possibilidade de seleção de melhores executores dos contratos e, como consequência, haverá reais chances de se concretizar a relação custo-benefício e a vantajosidade da contratação tão almejadas.

A possibilidade de inclusão de cláusula contratual sobre a matriz de riscos encontra previsão no art. 22 da Lei nº 14.133, de 2021²⁵, que guarda relação com a definição dos riscos e responsabilidades de cada uma das partes e o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, semeando entre as partes os encargos derivados de eventuais ônus financeiros decorrentes de eventos supervenientes que provoquem desequilíbrio nessa relação, a partir da introdução da proposta de preços pelo particular contratado.

Faz-se importante destacar que a inclusão de cláusula de matriz de riscos em um contrato administrativo não se dá de forma obrigatória, exceto quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, nos termos do § 3º do art. 22 da Lei nº 14.133, de 2021.

Já que nem sempre o preço será o ponto crucial para definir o resultado de um certame licitatório, desde a fase preparatória, o gestor público deverá deixar claro quais serão os critérios de seleção adotados, que vão além do valor monetário do contrato e terão interferência direta na escolha da empresa contratada. A exposição de motivos e as justificativas da Administração, que retratarão as reais intenções e necessidades do poder público para a contratação, passam a assumir um protagonismo marcante no julgamento da licitação.

Todas as variáveis que poderão impactar a execução das obras públicas devem ser sopesadas ainda na fase preparatória da licitação, de forma a orientar e direcionar os agentes públicos na análise das propostas apresentadas pelos licitantes, para que somente assim seja possível alcançar um resultado efetivamente mais vantajoso da contratação, conforme preceitua o novo diploma legal das contratações públicas.

²⁵ Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.
Art. 22. [...] § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

Com isso, quando o critério de julgamento for o de “menor preço” ou de “maior desconto”, a proposta de menor valor financeiro não necessariamente se sagrará a vencedora do certame, haja vista que os fatores preponderantes para a contratação serão aqueles que implicarem menor ônus para a Administração, considerando todo o ciclo de vida do objeto, desde que atendidos os requisitos mínimos de qualidade especificados no ato convocatório, como bem explicitado no § 1º do art. 34²⁶ da Lei nº 14.133, de 2021.

Como se percebe facilmente, isso não é uma tarefa simples, muito pelo contrário. Não se trata de uma forma de desestimular ou desencorajar o agente público a colocar em prática essas medidas, que são extremamente louváveis e necessárias. Todavia, jamais esqueçamos que estamos tratando de um país com dimensões continentais, com mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) municípios distribuídos por 26 (vinte e seis) estados e o Distrito Federal, representados por milhares de órgãos e entidades que os integram, somados às estruturas administrativas dos poderes Legislativo, Judiciário e da administração pública federal. Encontrar, nesses quadros, agentes públicos competentes, capazes e capacitados para realizar esses estudos é tarefa um tanto quanto inglória e que certamente refletirá na eficiência e eficácia das contratações por eles realizadas.

5 AFERIÇÃO DA INEXEQUIBILIDADE DAS PROPOSTAS DE PREÇOS: A DIVERGÊNCIA ENTRE A LITERALIDADE DISPOSTA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU)

Quando da realização de um procedimento licitatório para a contratação de uma obra pública, o grande temor de qualquer gestor público consiste na hipótese de não ter o contrato satisfeito, acompanhado de todos os prejuízos e consequências negativas que isso implica, tais como: atendimento parcial às regras contratuais, serviços executados com qualidade inferior à prevista, paralisação dos serviços e, até mesmo, o abandono da obra.

Em alguns casos, isso ocorre quando a proposta vencedora do certame apresenta valor expressivamente menor do que aqueles praticados no mercado e, de pronto, nota-se que tal valor é insuficiente para suportar os custos inerentes à execução dos serviços, aos

²⁶ Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação. § 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

encargos, tributos e todas as demais despesas acessórias. Em resumo, nota-se que a Administração está diante de uma proposta manifestamente inexequível.

É sabido que, com os critérios de julgamento estabelecidos pelo novo diploma legal das contratações públicas, as licitações que tenham por objeto a realização de obras e/ou serviços de engenharia agora passam a ter suas propostas de preços julgadas por meio de lances, sendo uma herança mais enfática da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (Brasil, 2011), que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), ainda que a jurisprudência já sinalizasse pela possibilidade do uso do Pregão para serviços comuns de engenharia por meio da Súmula nº 257²⁷ do TCU, e diferente da prática legal adotada com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Em especial, a Administração, na realização de um certame para contratação de uma obra e/ou serviço de engenharia, ao optar pela modalidade de Pregão ou Concorrência, quando estabelece como critério de julgamento, aquele tido como o mais usual, o de “menor preço”, por força dos §§ 1º e 2º do art. 56²⁸ da Lei nº 14.133, de 2021, o modo de disputa adotado poderá ser, isoladamente, “aberto” ou, de forma combinada, “aberto e fechado”. Com esses dois modos de disputa, é certo que haverá a apresentação de lances pelos licitantes.

Como já se observa nas licitações realizadas por meio do RDC, o julgamento das propostas de preço para a contratação de obras e/ou serviços de engenharia sofre um importante deságio em relação ao valor estimado no edital pela Administração, o que se deve à oferta de lances pelos concorrentes. Assim, é inegável que tal fenômeno também se observará em relação aos ditames da nova lei.

A nova lei de licitações e contratos administrativos estabelece de forma clara uma “nota de corte” para a definição da exequibilidade das propostas de preços no caso de obras e serviços de engenharia, por meio de um cálculo simples, fixando que aquelas que se encontrarem abaixo do percentual de 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração serão tidas como inexequíveis, conforme estabelece o § 4º do art. 59 da Lei nº 14.133, de 2021. Veja:

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 257**. O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2010, p. 34]. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&in_line=1. Acesso em: 9 jul. 2022.

²⁸Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente: I - aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes; II - fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação. § 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto. § 2º A utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

Art. 59. [...]

[...]

§ 4º 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.

Não obstante, para as obras e serviços de engenharia, a legislação estabelece no § 2º do art. 23²⁹ a necessidade de regulamentação para a definição do valor estimado da contratação, embora imponha a utilização de alguns parâmetros por escala de prioridade, ainda que haja discordância por parte da doutrina, como prescreve Carolina Zancaner Zockun³⁰ (2020, p. 422):

[...] pela redação do dispositivo parece não haver hierarquia entre os parâmetros fornecidos pela lei, sendo todos passíveis de utilização, sem preferência de um em detrimento do outro. Entretanto, a jurisprudência da Corte de Contas e a própria regulamentação inferior estabelecem certa primazia (Zockun, 2020, p. 422).

No topo dessa escala, em uma análise textual, está a adoção dos sistemas de referência de padronização de preços criados pelo Governo Federal, de forma que a composição de custos unitários deverá possuir valores menores ou iguais à mediana daqueles estabelecidos no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), sendo este o sistema indicado para a orçamentação de serviços e obras de infraestrutura de transportes, e o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), aquele que deve ser a referência para a definição de custos para as demais obras e serviços de engenharia.

Na sequência, pela ordem, está: 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 (contendo data e hora de acesso); contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas, no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, com a possibilidade de atualização de preços pelo índice oficial correspondente; e, por último, a

²⁹ Art. 23. [...] § 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem: I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia; II - 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; III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente; IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

³⁰ ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21**. Comentada por Advogados Públicos / Organizador Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2020.

realização de pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas a ser disponibilizada no Portal Nacional de Contratações Públicas (observando o regulamento estabelecido).

O dispositivo determina, ainda, que a definição do valor da contratação deve vir acrescida do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), que abranja custos indiretos, tais como despesas administrativas, tributos, seguros, custos financeiros, garantias, margem de incerteza e os lucros da obra e/ou do serviço de engenharia. Outro acréscimo previsto pela norma refere-se aos Encargos Sociais (ES), que são os custos incidentes sobre a folha de pagamento de salários, tais como: contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), salários, férias, décimo terceiro salário, salário-educação, licenças etc.

Um importante adendo que a Lei traz, nesse sentido, se dá em relação às contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não tenham recursos da União envolvidos, as quais poderão ser valoradas por meio da utilização de outros sistemas de custos (art. 23, § 3^o³¹).

Como primeiro obstáculo, tem-se que a inexequibilidade da proposta é mensurada com base no valor orçado pela Administração, a qual, dados os pressupostos da lei, deveria expressar os valores praticados pelo mercado.

Bem se sabe que o propósito da pesquisa de preços é conhecer o valor real praticado pelo mercado. Acontece que o orçamento atingido pela Administração, com base, por exemplo, nos sistemas aqui destacados, nem sempre revela os valores praticados na atualidade, seja pelo período em que o orçamento foi realizado (em total defasagem temporal em relação à data de abertura do certame e, principalmente, à data de início da execução dos serviços), seja pelas constantes variações de preços derivadas de inúmeros fatores imprevisíveis, seja em escala nacional ou global, dentre outros. Por isso, a atestação de suposta inexequibilidade da proposta, nos termos da legislação, pode se tornar uma medida ineficaz e até mesmo injusta diante de determinados cenários que uma realidade cada vez mais volátil do mercado nos impõe.

Em termos práticos, outro ponto importante para análise é que o legislador, ao estabelecer uma fórmula matemática para aferir a inexequibilidade de uma proposta, cria um ambiente de competição limitado que pode resultar em uma série de propostas de preços empatadas, com valores fixados no limite dessa “nota de corte”. Tal prática poderá

³¹ Art. 23 [...] § 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o caput deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

se revelar, haja vista o receio dos concorrentes de terem suas propostas sumariamente desclassificadas, mesmo diante da possibilidade de redução dos valores propostos de forma consistente e factível.

Por mais que a legislação preceitue em seu art. 60³² uma série de critérios de desempate das propostas, os quais, pela lógica, deveriam ser utilizados apenas em casos excepcionais, vê-se que, conforme a situação apresentada, a utilização desses critérios poderá se tornar mais corriqueira do que se imagina.

Daí se questiona: ao impor tal medida, ao ignorar fatores atinentes aos movimentos de mercado que podem impactar diretamente as propostas quando da realização do certame, não estaria o próprio legislador atuando em contrariedade a um dos pilares das contratações públicas que é o de assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública?

Por outro lado, ao estipular essas medidas, a Administração poderá primar pela qualidade e segurança nas contratações, utilizando-se de meios legais para impedir a contratação de empresas denominadas “aventureiras”. Nessa esteira, o legislador também deixa claros sinais aos interessados em contratar com o poder público de que: a apresentação de um bom histórico de cumprimento das obrigações contratuais, a adoção por parte das empresas de programas que promovam a equidade entre homens e mulheres no ambiente laboral e a implantação de programas de integridade, que instituem medidas de prevenção, detecção, punição e remediação de práticas de corrupção e fraude, de irregularidades e de outros desvios éticos e de conduta; poderão ser determinantes para que se consagre um vencedor nos certames licitatórios.

Em uma primeira leitura, diante da atestação de uma eventual inexecuibilidade da proposta nos moldes fixados no § 4º do art. 59, teríamos como consequência imediata a sua desclassificação, nos termos do inciso III do art. 59 da Lei nº 14.133, de 2021³³. Porém, no inciso seguinte do artigo ora destacado, resta marcada uma dicotomia, uma vez

³² Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem: I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação; II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei; III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle. § 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por: I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize; II - empresas brasileiras; III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. § 2º As regras previstas no caput deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

³³ Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que: [...] III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação.

que o texto legal também abre espaço para que a Administração, discricionariamente, possa aferir a exequibilidade da proposta apresentada, dispondo que uma eventual desclassificação de proposta somente se daria em razão daquelas que “não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração”³⁴.

Contudo, o legislador não soube precisar se essa análise poderia se dar somente em relação àquelas propostas numericamente consideradas exequíveis, mas que, de certa maneira, possuíam elementos que indicavam uma ausência de confiança e de segurança necessárias à atestação de sua exequibilidade, ou se tal procedimento também poderia se estender àquelas propostas numericamente marcadas como inexequíveis.

No caso das obras e serviços de engenharia, a nova lei ainda estabeleceu no § 3º do art. 59³⁵ critérios importantes que devem ser levados em conta quando da avaliação da exequibilidade das propostas apresentadas, quais sejam: preço global, quantitativos e preços unitários considerados como relevantes, tendo em vista critérios de aceitabilidade de preços unitário e global estabelecidos no edital, avaliadas as especificidades do mercado.

Como se nota, a Lei nº 14.133, de 2021, não foi incisiva quanto à definição do que seria considerado “relevante” na análise desses quesitos, o que poderá acarretar algumas dificuldades à Administração. Diante dessa ausência de conceituação mais precisa, o mais razoável é que tal missão então caiba ao edital, que estabelecerá expressa e objetivamente o que pode ser considerado como essencial ou indispensável em relação ao objeto licitado, a partir da realização de análises e levantamentos técnicos. Esses estudos deverão abranger a verificação de aspectos relativos à funcionalidade ou que possam comprometer a funcionalidade do objeto, bem como de itens que apresentem maior impacto, considerando o valor total estimado da licitação.

É importante lembrar que, em reiteradas decisões, o TCU tem sido categórico ao dispor que sempre deverá ser oportunizada ao licitante a possibilidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta, o que se percebe claramente desde a edição, no ano de 2010, da Súmula nº 262³⁶ da referida Corte de Contas, que assim se apresenta:

³⁴ Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que: [...] IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração.

³⁵ Art. 59. [...] § 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.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 262**. O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2010, p. 29]. Disponível em:

SÚMULA TCU 262: O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.

Identifica-se que o tratamento dado pela Súmula impõe à Administração, uma vez apurada a inexequibilidade da proposta nos termos da lei, o dever de oportunizar ao licitante a demonstração e a comprovação de que os valores apresentados são suficientes para a plena execução do objeto da contratação, pelo fato de que a inexequibilidade da proposta apresentada se dá apenas em caráter relativo.

Ainda que o referido entendimento faça menção à Lei nº 8.666, de 1993, tem-se que a mesma lógica deve ser transportada para o novo diploma legal que regerá as contratações públicas, seja pelas recentes decisões do TCU, ou pelo fato de que a mudança trazida na forma de sua apuração ainda não confere à Administração uma capacidade efetiva de aferir se os valores propostos são ou não exequíveis, uma vez que a precificação de uma obra ou serviço envolve uma série de fatores e variantes na sua composição.

Marçal Justen Filho³⁷ (2010, p. 660) foi ainda mais taxativo ao expor que, se o particular é capaz de comprovar a exequibilidade de sua proposta, por que não deixar que o faça? Não é cabível impedir o Estado de realizar uma contratação mais vantajosa diante do impedimento imposto ao particular de demonstrar que a proposta apresentada é plenamente executável.

Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto (Justen F., 2010, p. 660).

Como contribuição prática, Eduardo dos Santos Guimarães³⁸ evidencia quais procedimentos poderão ser adotados pelos agentes públicos que atuarão diretamente na análise das propostas, haja vista a legislação não determinar um procedimento padrão para essa avaliação. Assim, o caso concreto é que irá definir quais documentos serão suficientes para que o licitante comprove a exequibilidade de sua proposta, nos termos abaixo explicitados:

Os documentos e justificativas apresentados pelo licitante serão analisados pela equipe da licitação, que poderá ser auxiliada pelo setor que elaborou o

https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&in_line=1. Acesso em: 11 jul. 2022.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010.

³⁸ GUIMARÃES, Eduardo dos Santos. **Formação de preços nas contratações públicas** [livro eletrônico]. Ed. Negócios Públicos, 2021.

orçamento e/ou pela unidade requisitante da contratação. Não existem critérios padronizados para tal avaliação, pois cada caso terá sua própria especificidade. Na prática, a empresa deverá abrir detalhadamente sua planilha de custos, de forma a mostrar todos os componentes do preço e, se for o caso, apresentar cópias de contratos já executados, notas fiscais, memórias de cálculos e outros documentos que entender pertinente para demonstrar a exequibilidade do preço de sua proposta (Guimarães, 2021, p.39).

Com reforço a isso, Freitas, Prado, Alexandre e Carmona³⁹ (2021, p. 83) afirmam que a Lei nº 14.133, de 2021, recepcionou o entendimento consolidado do TCU quanto à presunção relativa da inexecuibilidade, de forma a determinar que a Administração diligencie e/ou solicite ao licitante a comprovação da exequibilidade da proposta apresentada quando essa estiver abaixo da “nota de corte” fixada no § 5º do art. 59 da Lei. Veja:

As novidades em relação à legislação anterior se dão nos elementos e critérios de análise de exequibilidade/inexecuibilidade das propostas. O § 4º do art. 59 estabelece que: *“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 Administração⁵³”*. [...]

Alerta-se, entretanto, que o novo diploma positivou entendimento há muito consolidado no Tribunal de Contas da União de que os percentuais acima mencionados implicam presunção apenas relativa de inexecuibilidade. Assim, estabelece § 2º do art. 59 um poder/dever da Administração de diligenciar e/ou solicitar à licitante a demonstração de exequibilidade da proposta em desacordo com os valores orçados. O Acórdão TCU nº 1488/2009 – Plenário esclarece as razões da antiga orientação (Alexandre, Carmona, Freitas, Prado, 2021, p. 83).

Em que pese o inciso IV do art. 59 da Lei nº 14.133/2021 tratar a chance de o licitante demonstrar a exequibilidade da proposta somente quando requisitada pela Administração, como dito em linhas anteriores, cabe ao ente contratante não se precipitar quanto à desclassificação de determinada proposta que rompa a barreira fixada pela “nota de corte” da exequibilidade. Cabe ao gestor público atuar de forma diligente, responsável e prudente no que tange à promoção de diligências para aferição da exequibilidade, exigindo a apresentação, pelo particular, de documentos, estudos, laudos, pareceres e assemelhados, com o intento de jamais se afastar da busca de uma contratação mais vantajosa para o poder público.

Diante de toda sorte de posicionamentos, seja por parte da doutrina ou da jurisprudência, o que se mostra é um entendimento sólido quanto à necessidade de a

³⁹ FREITAS, Alexandre Mattos; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: comentários à Lei nº 14.133/2021. 1 ed. Brasília: Ed. Dos Autores, 2021. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/588204/Nova_lei_licitacoes_contratos_administrativos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 jul. 2022.

Administração exigir do licitante a comprovação da exequibilidade da proposta quando esta, pela fórmula estabelecida na lei, for considerada inexequível.

Com a entrada em vigor da Lei nº 14.133, de 2021, em análise bastante honesta, percebe-se que o legislador perdeu uma grande oportunidade de colocar um ponto final nessa celeuma. O texto legal poderia ter determinado, em um único dispositivo, que a proposta somente seria considerada manifestamente inexequível diante da não comprovação pelo licitante, em sede de diligência, da exequibilidade do preço apresentado.

Desconsiderar, ainda que se consiga demonstrar de forma fidedigna que um potencial contratado detenha comprovadamente as condições mais oportunas e favoráveis para a execução do objeto, seja por considerar aspectos logísticos, tecnológicos, estruturais, comerciais etc., ou por quaisquer outras circunstâncias que impactam diretamente na redução de seus custos de execução e na formação final de sua proposta, configuraria um total descompasso com um dos principais objetivos pretendidos pelas contratações públicas.

6 IMPACTOS REAIS DA GARANTIA ADICIONAL NO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS QUE TENHAM POR OBJETO A CONTRATAÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA

a) Previsão da garantia adicional na Lei nº 14.133, de 2021

Feitos esses registros, a análise agora se concentra em um cenário que exigirá a apresentação de garantia adicional, com destaque para a ocorrência de possíveis efeitos que poderão impactar negativamente o alcance dos objetivos pretendidos com a contratação e a busca pela proposta mais vantajosa pela Administração.

O contrato administrativo, por si só, carrega, em sua essência, a colocação da Administração em uma posição de “superioridade” em relação ao particular no estabelecimento de direitos e obrigações no curso da contratação, por meio das já conhecidas “cláusulas exorbitantes”.

A Lei nº 14.133, de 2021, tentou, de certa maneira, diminuir um pouco essa distância com a fixação de dispositivos que oferecem maior segurança jurídica àqueles que pretendem transacionar com o poder público, como: inclusão de regramentos mais claros para pleitos que objetivam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (fixação de prazos para solicitação pelo contratado até a resposta do pedido pela Administração, possibilidade de concessão mesmo após a extinção do contrato);

estabelecimento de matriz de alocação de riscos (delimitação e quantificação, conforme o caso, dos riscos que serão suportados pelas partes durante a vigência do contrato); possibilidade de realização de pagamentos de forma antecipada (desde que motivada e justificada pela Administração); extinção de contrato de serviços ou fornecimentos de caráter continuado, quando da ausência de créditos orçamentários ou da comprovação de sua não vantajosidade para a continuidade, apenas na próxima data de seu aniversário e em prazo não inferior a dois meses dessa data; estabelecimento de contratos com prazo de vigência mais elástico; proibição de a Administração retardar, sem motivo, a execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, na hipótese de posse do respectivo chefe do poder executivo ou de novo titular no órgão ou entidade contratante; indenização ao contratado em caso de supressão contratual além dos limites permitidos, quando este já houver adquirido os materiais e os colocado no local da execução dos serviços; direito do contratado de requerer a extinção do contrato, por exemplo, em caso de atraso superior a dois meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou parcelas devidas pela Administração; entre outros.

Mesmo com todas essas medidas mais benéficas ao particular ou, por não dizer, imbuídas de maior isonomia em uma relação contratual historicamente tratada como “desigual”, o legislador, com o advento do novo diploma que rege as contratações públicas, manteve algumas determinações no tocante às garantias que podem gerar consequências reais de caráter desproporcional e desarrazoado, causando impactos significativos e determinantes para a contratação de obras e serviços de engenharia.

O ponto mais marcante diz respeito à exigência de garantia adicional e aos seus reais impactos no que concerne à contratação de obras e serviços de engenharia. A nova Lei, no § 5º do art. 59, passa a exigir garantia adicional do licitante quando a sua proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do estimado para a contratação, em valor equivalente à diferença entre o orçado pela Administração e a proposta formulada.

Art. 59.

[...]

§ 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.

A primeira observação é que a apresentação da garantia adicional deixa de ser uma faculdade e passa a ser uma obrigação, contrariando a sistemática das garantias estabelecidas no texto da norma, desde que a proposta de preços supere o patamar

estabelecido.

Quando a Administração efetua uma série de procedimentos na fase preparatória para assegurar que o poder público venha contratar propostas inseridas dentro de uma realidade aceitável de preços praticados pelo mercado, o que se espera daqueles que conduzirão o procedimento de contratação é a adoção de medidas que impeçam a efetivação de uma contratação nitidamente insustentável e inexecutável, que irão comprometer sistematicamente o atingimento dos objetivos pretendidos.

É patente que aquelas propostas que visivelmente contrastam com a realidade devem ser terminantemente expurgadas da disputa licitatória diante dos riscos a que expõe a Administração. Por outro lado, como aqui relatado, existem inúmeros fatores que poderão fazer com que o valor estimado pelo poder público esteja eivado de inconsistências que comprometem a fidedignidade dos dados apresentados, trazendo uma evidente distorção sobre os preços que provavelmente estão sendo praticados no momento da realização do certame.

Nem está se tratando nesse momento de aspectos relativos a falhas de projetos, que vão desde um dimensionamento insuficiente do objeto, quantificação de itens abaixo ou acima do necessário, ausência de elementos indispensáveis à execução do objeto, dentre outros, que, de fato, serão saneados no curso da execução da contratação.

Portanto, o legislador adotou a premissa de que propostas com valores menores aumentam o risco de o objeto contratado não vir a ser concluído. Para evitar a ocorrência de eventos indesejados que venham impedir a continuidade da execução do objeto em virtude da apresentação de preços impraticáveis, o legislador manteve a necessidade de apresentação de garantia adicional pelo particular, nos termos do § 5º do art. 59 da Lei nº 14.133, de 2021.

Observa-se também que, embora o valor monetário da proposta, como aqui já evidenciado, não devesse ser encarado como fator determinante para a seleção da proposta mais vantajosa, a exigência da garantia adicional evidencia que o preço ainda é considerado um fator decisivo para a escolha da empresa a ser contratada, o que coloca em xeque o propósito da lei em valorizar a proposta como um todo.

Também se percebe que o legislador, ao estabelecer o percentual de 85% (oitenta e cinco por cento) abaixo do valor orçado pela Administração para apresentação de garantia adicional, não estabeleceu qualquer correlação com o limite de 75% (setenta e cinco por cento) fixado na mesma norma para a definição da inexequibilidade da proposta. Daí, questiona-se: a necessidade de apresentação de garantia adicional somente não seria

necessária para as propostas que estivessem dentro do intervalo de 85% a 75% abaixo do valor estimado pela Administração para a contratação? Ou será que a intenção do legislador foi resguardar a Administração, uma vez demonstrada a exequibilidade da proposta abaixo de 75%, com o reforço da apresentação de uma garantia adicional?

Outro ponto de reflexão também merece destaque, especialmente quanto a um fato muito destacado neste trabalho: considerando que haja a efetiva comprovação da exequibilidade de uma proposta tida inicialmente como inexequível, qual seria o sentido de se exigir a garantia adicional?

Este questionamento se faz necessário principalmente em virtude do último posicionamento do TCU, por meio do Acórdão nº 169/2021⁴⁰ – Plenário, que traçou uma mudança de entendimento na forma de cálculo da garantia adicional disciplinada no § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993. O grande destaque desse julgado se dá quando o Ministro Revisor, Benjamin Zymler, estabelece critérios para apresentação da garantia adicional, como se mostra a seguir:

29. Como bem frisou o relator, a lógica interna do citado art. 48 é a seguinte:
- a) se a proposta apresenta valores inferiores a 70% do menor dos valores previstos nas alíneas “a” e “b”, então a proposta é, em regra, inexequível, cabendo à Administração solicitar que a licitante demonstre a exequibilidade do valor ofertado;
 - b) 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; e
 - c) se a proposta apresenta valores iguais ou superiores a 80% do menor dos valores previstos nas alíneas “a” e “b”, a proposta é exequível e não se exigirá a garantia adicional, cabendo tão somente a prestação de garantia contratual, prevista no art. 56, com valores variando entre 5% a 10% do contrato.

Observa-se claramente que na alínea “a” do parágrafo 29 do julgado em questão o Ministro Revisor não estabelece, em momento algum, a necessidade de apresentação de garantia adicional às propostas apresentadas com valor inferior ao teto estabelecido para aferição da inexequibilidade, mas que tiveram a sua exequibilidade demonstrada, diferente do exposto na alínea “b” do referido parágrafo.

Ainda voltando ao tema da inexequibilidade das propostas quando do procedimento de contratação de obras e serviços de engenharia, será mesmo que a intenção do legislador foi a de limitar as propostas de preços a um deságio de 25%? Tal medida não seria uma forma de engessar o mercado e, por consequência, impedir que a

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 169/2021** – TCU – Plenário. Processo nº TC 039.025/20195. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Revisor: Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão: 3/2/2021.

Administração obtenha preços mais atrativos para as suas contratações? De toda forma, entendo que não tenha sido esse o propósito do legislador.

Todos esses questionamentos aqui colocados ainda não possuem respostas certas, de modo que só o tempo e a consequente evolução na forma de aplicação da nova lei de contratações públicas serão capazes de nos dar posicionamentos mais claros que não conflitem com os objetivos das licitações escancarados na norma. Não se coloca em xeque a boa intenção do legislador em proteger os interesses da Administração, ao criar regras de seleção que tragam uma maior segurança às contratações, mas sim a forma que essas medidas se colocam, as quais poderão causar até mesmo um efeito reverso ao originariamente buscado.

b) Forma de cálculo da garantia adicional e seus impactos efetivos na contratação de obras e serviços de engenharia

Para se ter uma melhor noção dos impactos que poderão causar a garantia adicional nos termos da nova lei, Maria Sylvia Zanella di Pietro⁴¹ deixa uma valiosa lição que será de grande serventia para um melhor entendimento do ponto cabal desse estudo, ao pronunciar que *“Conhecido é o princípio de hermenêutica segundo o qual devem ser afastadas as interpretações que conduzam ao absurdo”* (Di Pietro, 2016).

Em termos práticos, considerando as regras estabelecidas para a aplicação da garantia adicional para a contratação de obras e/ou serviços de engenharia na Lei nº 14.133, de 2021, podemos citar um caso hipotético no quadro abaixo que vai ilustrar bem os seus efeitos e que serão capazes de gerar situações que “conduzam ao absurdo” no julgamento das propostas de um certame, especialmente quando for oportunizado ao licitante a possibilidade de comprovar a exequibilidade da proposta quando esta, nos moldes da legislação, for considerada como inexequível.

No caso simulado do Quadro 1, observam-se algumas situações claras de como a exigência da garantia adicional poderá ser nitidamente desfavorável à Administração, mesmo quando as licitantes comprovem que as propostas apresentadas são comprovadamente exequíveis.

Diante um universo de 10 (dez) licitantes participantes do certame, apenas 5 (cinco) prosseguiriam na disputa, de forma que a menor proposta apresentada (‘Proposta 2’), caso viesse a ser declarada vencedora do certame, deveria apresentar garantia adicional que representaria quase 30% (trinta por cento) do valor de sua proposta.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Qual a forma de calcular a garantia adicional prevista no art. 48, § 2º, da Lei nº 8.666/93? *Revista Zênite* – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 263, p. 10-16, jan. 2016.

Quadro 1 - Metodologia de cálculo da garantia adicional nos termos da Lei nº 14.133/2021

OBJETO: OBRAS DE INFRAESTRUTURA VIÁRIA URBANA E MOBILIDADE PARA ADEQUAÇÃO NA CIRCULAÇÃO, INTERVENÇÕES NO SISTEMA VIÁRIO E IMPLANTAÇÃO DE OBRAS DE ARTE ESPECIAIS – CONSTRUÇÃO DE 2 (DOIS) VIADUTOS	
Valor Orçado pela Administração (A)	\$ 100.000.000,00
Proposta 1*	\$ 98.000.000,00
Proposta 2	\$ 77.000.000,00
Proposta 3*	\$ 85.000.000,00
Proposta 4	\$ 50.000.000,00
Proposta 5	\$ 48.000.000,00
Proposta 6*	\$ 99.000.000,00
Proposta 7	\$ 49.000.000,00
Proposta 8	\$ 55.000.000,00
Proposta 9	\$ 80.000.000,00
Proposta 10	\$ 53.000.000,00
Garantia Adicional (B): < 85% (A)	< \$ 85.000.000,00
Propostas Inexequíveis (C): < 75% (A)	< \$ 75.000.000,00

*Propostas dispensáveis de apresentação de garantia adicional: Proposta 1, Proposta 3 e Proposta 6

GARANTIA ADICIONAL (APLICAÇÃO DA LITERALIDADE DO ART. 59, § 5º)			
Valor Garantia Adicional = Valor Orçado Administração (-) Proposta Exequível < 85% e > 75%			
Propostas	Valor	Valor Orçado Administração	Valor Garantia Adicional
Proposta 2	\$ 77.000.000,00	\$ 100.000.000,00	\$ 23.000.000,00
Proposta 9	\$ 80.000.000,00		\$ 20.000.000,00

GARANTIA ADICIONAL (COMPROVAÇÃO DA EXEQUIBILIDADE – SÚMULA Nº 252 DO TCU)				
Valor Garantia Adicional = Valor Orçado Administração (-) Proposta Comprovadamente Exequível				
Propostas	Valor	Valor Orçado Administração	Valor Garantia Adicional	% Garantia Adicional x Proposta
Proposta 2	\$ 77.000.000,00	\$ 100.000.000,00	\$ 23.000.000,00	29,87%
Proposta 4	\$ 50.000.000,00		\$ 50.000.000,00	100,00%
Proposta 5	\$ 48.000.000,00		\$ 52.000.000,00	108,33%
Proposta 7	\$ 49.000.000,00		\$ 51.000.000,00	104,08%
Proposta 8	\$ 55.000.000,00		\$ 45.000.000,00	81,81%
Proposta 9	\$ 80.000.000,00		\$ 20.000.000,00	25,00%
Proposta 10	\$ 53.000.000,00		\$ 47.000.000,00	88,67%

Fonte: elaborado pelo autor com dados hipotéticos.

As garantias previstas na Lei 14.133/21 para a contratação de obras e serviços de engenharia: maior segurança para a Administração Pública ou desestímulo à competitividade?

Mais do que isso, considerando que, para a execução do contrato aqui exemplificado, poder-se-ia ainda exigir, desde que expressamente previsto em edital, uma garantia de execução contratual de até 10% (dez por cento). Como resultado, está se falando de uma exigência ao particular que corresponde a quase 40% (quarenta por cento) do valor da sua proposta somente para o pagamento de garantia, sem contar ainda a possibilidade de exigência de até 1% (um por cento) do valor estimado da contratação a título de garantia de proposta.

Não obstante, a fato mais espantoso se dá quando da aplicação da tese da necessidade de comprovação da exequibilidade das propostas pelos licitantes, conforme posicionamento adotado pelo TCU e pela doutrina. Para o caso posto, percebe-se que, em algumas situações, o valor da garantia adicional a ser apresentada chega a ser maior que o valor da própria proposta, o que, convenhamos, não aparenta ser medida plausível e ponderada, uma vez que o licitante, conforme critérios e análises fixadas pela própria Administração, demonstra que sua proposta é absolutamente possível, viável e executável.

Suponhamos que, na análise do exemplo em destaque, a empresa declarada vencedora do certame ('Proposta 5'), amparada pelo critério da comprovação da exequibilidade da proposta, fosse aquela que apresentou o menor valor monetário. Nesse caso, somente a título de garantia adicional, a licitante deveria comprovar a apresentação à Administração um montante que representa 108,33% (cento e oito inteiros e trinta e três centésimos por cento), ou seja, algo que beira o inimaginável.

A considerar que ainda poderia constar do edital a exigência de uma garantia de execução de até 10% (dez por cento) para a contratação de obras e serviços de engenharia, nos moldes do art. 98 do novo diploma das compras públicas, percentual esse que não sofreria qualquer espécie de abatimento em relação ao valor da garantia adicional, além da previsão de até 1% (um por cento) a título de garantia de proposta conforme fixado no § 1º do art. 58 da mesma norma, está se falando para o caso na possibilidade de, pasmem, quase 120% (cento e vinte por cento) do valor da proposta vencedora ser empregado apenas em garantias.

Reforça-se outra vez que o presente artigo não tem o propósito de demonizar a exigência de garantias nas licitações públicas, mas sim demonstrar que em determinados casos essas podem se revelar nocivas, desarrazoadas e desproporcionais, de forma que poderão reduzir a competitividade e frustrar o intento do poder público em obter uma proposta mais vantajosa.

Como complemento, por mais que o entendimento tenha se referido à exigência de garantia adicional nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, é notório que a mesma lógica se aplica à nova lei de licitações e contratos administrativos, embora o legislador tenha apenas estabelecido uma mudança na forma de cálculo. Para solidificar esse entendimento, cabe-nos novamente recorrer a Zanella di Pietro⁴², que foi cirúrgica ao anunciar que essas distorções podem resultar no afastamento e no desinteresse de alguns licitantes e prejudicar a Administração no que tange à salvaguarda à ampliação da competitividade do certame. Veja:

É evidente que essa forma de cálculo eleva bastante o valor da garantia adicional, que ficará tanto maior quanto menor for o valor da proposta. Aparentemente, essa exigência poderá implicar o afastamento de alguns licitantes que considerem excessivo o valor da garantia, contrariando o interesse da Administração de atrair o maior número possível de propostas (Di Pietro, 2016).

Outro questionamento substancial deve ser feito em virtude dessas constatações: será que o legislador agiu de forma intencional ao dispor no texto legal, para o caso em comento, a faculdade da Administração exigir uma garantia principal limitada, em casos excepcionais, a 10% (dez por cento) e, por outro lado, impor a apresentação de uma garantia acessória que poderá até mesmo superar essa e, mais do que isso, o valor da própria proposta apresentada pelo licitante para a execução de todo o objeto do contrato?

Sabendo que os contratos para a execução de obras públicas demandam um prazo importante para sua efetiva conclusão, de forma que a empresa contratada receberá os respectivos pagamentos apenas de forma fracionada, proporcional à comprovação da execução de parcelas do objeto conforme o cronograma de desembolso pactuado, qual licitante, em sã consciência, arcará com os custos para contratar uma garantia que supera o valor do próprio contrato?

Em uma obra desse quilate, vê-se que, apenas a título comparativo, conforme levantamento realizado para as obras a serem contratadas pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (Dnit) para o ano de 2022⁴³, com base no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), o valor de referência para o percentual de lucro previsto no BDI para obras de arte especiais de grande porte (no caso em tela, a construção de viadutos) estará fixado em torno de 7% (sete por cento).

Ainda que seja apenas uma estimativa de lucratividade, percebe-se que os valores

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Qual a forma de calcular a garantia adicional prevista no art. 48, § 2º, da Lei nº 8.666/93? **Revista Zênite** – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 263, p. 10-16, jan. 2016.

⁴³ Ofício-Circular nº 3622/2022 (SEI/DNIT nº 11722433). Acesso: < <https://www.gov.br/dnit/ptbr/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentos-dnit/sistemas-de-custos/bdi/bdi-2> >

que deverão ser reservados para a prestação de garantias se mostram sensivelmente superiores ao que as empresas esperam obter de ganho em uma contratação firmada com a Administração, com o agravante de que esses valores, conforme o prazo estimado para a execução da obra, serão diluídos em meses ou até anos, à medida que os pagamentos forem sendo concretizados a cada etapa concluída do empreendimento.

Por mais que haja a previsão legal expressa de devolução da garantia, com as devidas correções e atualizações, sabe-se que, em obediência ao art. 100 da Lei nº 14.133, de 2021, essa somente será liberada ou restituída após a conclusão do objeto do contrato ou após a sua extinção por culpa exclusiva da Administração.

Como dito anteriormente, diferentemente daqueles objetos que podem ser concluídos quase que de forma imediata, como nos casos dos contratos de fornecimento, para as obras públicas essa lógica não se aplica, as quais demandam, via de regra, um tempo razoável para a sua efetiva conclusão.

Para as empresas como um todo, o tempo é fator precioso e determinante para que essas possam prosperar em seus negócios. Assim, considerando o prazo geralmente alongado para a execução de uma obra pública e as condições de pagamento empregadas pelo poder público, a necessidade de contratação imediata de garantia pelo particular, independentemente da modalidade escolhida, implicará mais custos, além daqueles inerentes à execução dos serviços, quando da sua efetivação.

Por exemplo, para a modalidade seguro-garantia, o valor da sua contratação por intermédio de uma corretora de seguros é calculado, conforme o caso, com base no valor orçado pela Administração ou no valor da contratação após o julgamento das propostas, em que as taxas podem variar conforme o vulto da licitação.

Os valores consumidos pela contratação da garantia, além de comprometerem tais cifras no caixa das empresas, poderão, por exemplo, impedir sua utilização para a composição do capital de giro, reduzir investimentos para a concepção de melhorias e ampliação das suas atividades, dificultar a contratação de mão de obra. Por outro lado, inevitavelmente, esses mesmos valores já estarão, ainda que de modo sorrateiro, “embutidos” no valor da proposta encaminhada ao poder público, de modo a onerar ainda mais a execução do contrato.

Dentre os objetivos estabelecidos pelo legislador para as contratações públicas, além dos aqui já evidenciados, está inserido aquele que assegura um tratamento isonômico

e que promova uma justa competição entre os licitantes, segundo o inciso II do art. 11⁴⁴ da nova lei de contratações públicas.

Faz-se importante destacar que as compras públicas movimentam cerca de 13% (treze por cento) do nosso Produto Interno Bruto (PIB)⁴⁵, ou seja, estamos falando de um expressivo e atrativo mercado que tem despertado grande interesse de fornecedores e prestadores de serviços de todos os portes diante das vultosas cifras que são negociadas anualmente.

No entanto, para aquelas empresas que estão iniciando suas atividades e que tenham a intenção de participar de licitações públicas, mas que ainda não dispõem do capital e da estrutura das médias e grandes empresas, a participação nesses certames com as condições aqui postas se torna uma tarefa praticamente impossível, o que acarretaria uma maléfica concentração ainda maior das contratações do setor público em pequenos grupos privilegiados, dificultando ou desestimulando sobremaneira o surgimento de novos competidores capazes de executar os contratos propostos pelo poder público.

Nota-se que essa temática é abordada de forma tímida em nosso ordenamento, sendo que, quando tratada, os estudos revelam apenas a necessidade de apresentação de garantia adicional e a sua forma de cálculo, não dispondo sobre os seus efetivos impactos nas contratações de obras públicas.

Entende-se que o gestor público deverá efetivamente concentrar seus esforços na fixação de métodos mais efetivos para aferição da exequibilidade das propostas, para fazer valer a máxima de garantir a contratação que se mostra a mais vantajosa e apta a gerar os resultados pretendidos, ao invés de, simplesmente, desestimular a participação e/ou eliminar potenciais contratados sob alegação de cumprimento da norma diante de uma análise literal dos dispositivos legais, o que também se mostra um tanto quanto questionável, conforme evidências aqui expostas.

Ignorar as movimentações do mercado, o surgimento de novas tecnologias e metodologias construtivas, as práticas adotadas pelas empresas para otimizar seus serviços, que, certamente, implicarão em menores custos para o desempenho de suas atividades e, por consequência, permitirão a oferta de preços mais atrativos ao poder público, é penalizar não só a Administração, mas sim toda uma sociedade que

⁴⁴ Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: [...] II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição.

⁴⁵ RIBEIRO, Cássio Garcia e INÁCIO JÚNIOR, Edmundo, “**Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro**,” Curadoria Enap. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/969>. Acesso em: 19 ago. 2022.

insistentemente anseia pelo uso mais racional dos recursos do erário e por serviços públicos de melhor e maior qualidade.

Não se pode olvidar que a exigência de garantias, como em qualquer contrato, é instrumento fundamental que visa à reparação de danos oriundos da má execução ou inexecução do pacto firmado e, por óbvio, o mesmo raciocínio também é aplicado aos contratos administrativos.

Ademais, sabe-se que as contratações firmadas pela Administração Pública são revestidas por uma série de cláusulas que colocam o poder público em uma posição de superioridade em relação ao particular, o que desnivela o ajuste, sob a alegação de assegurar a supremacia do interesse público sobre o privado, visando proteger os interesses da coletividade.

Porém, o uso desmedido e desarrazoado de tais prerrogativas poderá ocasionar justamente um efeito reverso no que tange ao atendimento do interesse público, haja vista que algumas medidas poderão, na verdade, implicar em um desestímulo à competitividade e frustrar a possibilidade de o poder público efetivar contratações com os melhores preços e condições, sob o limitado argumento de estrito cumprimento à legalidade. Com isso, na realidade, o que teremos é o desatendimento a uma outra série de princípios, tais como a obtenção de uma proposta mais vantajosa, o interesse público, a economicidade, a razoabilidade, a competitividade e a proporcionalidade.

Quanto à exigência de garantias nos certames licitatórios, por se tratar de uma faculdade da Administração, esta deverá analisar o caso concreto e avaliar a necessidade de sua imposição no certame. Acontece que, no caso das obras e serviços de engenharia, o legislador manteve a obrigatoriedade de apresentação de garantia adicional, desde que a proposta vencedora do certame esteja 85% (oitenta e cinco por cento) abaixo do valor orçado pelo poder público.

Considerando que os procedimentos licitatórios para a contratação de obras públicas nos moldes da Lei nº 14.133, de 2021, implicarão, em sua maioria, na apresentação de lances pelos concorrentes, conseqüentemente, ocorrerão significativos deságios que poderão resultar em valores finais de proposta bem abaixo daqueles orçados pela Administração. Caberá, então, ao ente licitante exigir, de forma imediata e em caráter obrigatório, a comprovação da exequibilidade das cifras apresentadas pelos particulares, o que conferirá ao poder público maior tranquilidade e segurança quanto à contratação.

Os efeitos dessa redução ainda poderão ser objeto de comemoração aos olhos vigilantes do controle social, pois se vê claramente uma economia de recursos públicos

que poderão ser redirecionados ao atendimento de outras demandas da sociedade, numa efetiva demonstração de atingimento da eficiência na realização do gasto público.

Porém, na prática, dadas as exigências legais, em especial quanto à imposição de apresentação de garantia adicional, a celebração da sociedade quanto ao uso racional e eficiente dos recursos públicos poderá cair por terra, uma vez que esses valores destinados ao atendimento da garantia acessória, como vimos aqui, poderão até mesmo superar o valor total da contratação, culminando numa interpretação incoerente e equivocada da norma, em decisões desarrazoadas, desproporcionais, antieconômicas e em total descompasso com as práticas de mercado, resultando na condução ao absurdo, que Di Pietro tanto temia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos administrativos, assim como os demais contratos firmados no âmbito da iniciativa privada, têm nas garantias uma forma de buscar assegurar o integral cumprimento do objeto da contratação. O trato do dinheiro público requer um zelo ainda maior por parte do gestor, que buscará se precaver de qualquer revés quando se está em jogo o atendimento ao interesse público, mesmo que isso possa prejudicar a obtenção de uma contratação mais vantajosa para a Administração.

Ainda que haja um movimento institucional para tentar frear esses números, tem-se hoje um cenário que deflagra a paralisação de milhares de obras públicas no Brasil afora e, na maioria dos casos, o próprio poder público comprovadamente foi o maior responsável por essa desastrosa consequência.

Tudo isso fez com que a Administração tivesse que atuar de forma implacável nesse sentido, de modo que o legislador se viu na necessidade de estabelecer uma blindagem ainda maior no novo texto legal que trata das contratações públicas.

Diante de um suposto conflito na nova lei de contratações públicas quanto à aferição da exequibilidade das propostas apresentadas, há tempos se tem um posicionamento jurisprudencial e doutrinário que versa sobre a obrigatoriedade de a Administração exigir dos licitantes a comprovação de que os valores apresentados, quando esses superarem o limite percentual estabelecido pela fórmula da Lei, são plenamente executáveis, uma vez que há apenas uma presunção relativa quanto à inexecuibilidade de uma proposta inicialmente apresentada.

Comprovada a exequibilidade da proposta pelos licitantes, independentemente do edital prever a apresentação de garantias (seja para a proposta de preços, seja para a execução do contrato),

no caso das obras públicas, a exigência de garantia adicional se tornará fato comum dada a forma de julgamento prevista no novo regramento das licitações públicas.

Com a introdução dos lances na fase de julgamento das propostas nas licitações que visam à contratação de obras e serviços de engenharia, certamente teremos significativas reduções dos valores inicialmente propostos.

A possibilidade de a Administração realizar contratações mais vantajosas poderá ser duramente prejudicada caso haja uma análise desarrazoada e desproporcional do comando legal que exige a apresentação de garantia adicional pelo vencedor da licitação, uma vez, que no caso das obras e serviços de engenharia, o legislador manteve a obrigatoriedade de apresentação de garantia adicional caso a proposta vencedora do certame esteja 85% (oitenta e cinco por cento) abaixo do valor orçado pelo poder público.

Diante da imposição de apresentação de garantia adicional, mesmo quando o licitante comprovar a exequibilidade de sua proposta, haverá a possibilidade real e, ao mesmo tempo, inacreditável, de termos um valor exigido para a garantia maior que o valor do próprio contrato a ser firmado. Vê-se que, nesse sentido, a garantia se torna um fim quando, na verdade, deveria ser encarada como um meio para assegurar que a contratação da obra ou serviço de engenharia cumpra seus objetivos e finalidades pretendidos.

Porém, o que a Administração pode enxergar como um meio para trazer maior segurança ao ambiente de suas contratações, para que estas atinjam efetivamente suas finalidades, por outro lado tais medidas poderão onerar a contratação, afastar potenciais licitantes do certame, trazer prejuízos à competitividade e impedir a obtenção de uma proposta mais vantajosa, contrariando sistematicamente um dos pilares das contratações públicas.

Não se discute que a busca por uma proposta mais vantajosa pela Administração deve ir muito além de uma simples avaliação monetária, cabendo essa escolha àquela que efetiva e concomitantemente represente uma menor onerosidade e uma melhor solução para o poder público.

Com isso, o que se pretendeu evidenciar neste estudo é o fato de que, ainda que o licitante apresente uma proposta significativamente inferior ao valor orçado pela Administração, mas que, por meio de provas consistentes e irrefutáveis, consegue assegurar e convencer o poder público de que o preço ofertado é absolutamente executável e que a solução posta é capaz de atender de forma plena e efetiva aos interesses da coletividade, não se mostra razoável a imposição legal de um ônus excessivo, injustificável e desproporcional, por meio da exigência de uma garantia adicional, que, em verdade, culminará no desestímulo à competição, no afastamento de potenciais licitantes dos processos de contratação, acarretando ainda prejuízos imensuráveis não só à Administração Pública, mas para toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 262**. O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/1993 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2010, p. 29]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 11 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 257**. O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, [2010, p. 34]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 9 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF, out 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 3 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.079/2019**. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Sessão de 15/5/2019. Disponível em: <http://www.portaltcu.gov.br>. Acesso em: 4 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1772730 DF 2018/0264871-6**, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 26/05/2020, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 16/09/2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 169/2021 – TCU – Plenário**. Processo nº TC 039.025/2019-5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Revisor: Ministro Benjamin Zymler. Data da Sessão: 3/2/2021.

BRASIL. Ofício-Circular nº 3622/2022 (SEI DNIT nº 11722433). Acesso: <https://www.gov.br/dnit/ptbr/assuntos/planejamento-e-pesquisa/custos-e-pagamentos/custos-e-pagamentosdnit/sistemas-de-custos/bdi/bdi-2>

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Qual a forma de calcular a garantia adicional prevista no art. 48, § 2º, da Lei nº 8.666/93? **Revista Zênite** – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 263, p. 10-16, jan. 2016.

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. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 82, p. 87-127, out./dez. 2020.

FREITAS, Alexandre Mattos; PRADO, Felipe Orsetti; ALEXANDRE, Pedro Leonardo Tonaco; CARMONA, Miguel Frederico Félix. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: comentários à Lei nº 14.133/2021. 1 ed. Brasília: Ed. dos Autores, 2021.

GUIMARÃES, Eduardo dos Santos. **Formação de preços nas contratações públicas** [livro eletrônico]. Ed. Negócios Públicos, 2021. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/588204/Nova_lei_licitacoes_contratos_administrativos.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 19 jul. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12a ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010.

NIEBUHR, Joel de M. et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

NÓBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Projeto da Nova Lei de Licitação, o “Fetico da Mediocridade” e o Empecilho ao Best Value for Money**. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: 20 jul. 2022.

RIBEIRO, Cássio Garcia e INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. **Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro**, Curadoria Enap. Disponível em: <https://exposicao.enap.gov.br/items/show/969>. Acesso em: 19 ago. 2022.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/21**. Comentada por Advogados Públicos / Organizador Leandro Sarai – São Paulo: Editora JusPodivm, 2020.

As garantias previstas na Lei 14.133/21 para a contratação de obras e serviços de engenharia: maior segurança para a Administração Pública ou desestímulo à competitividade?