

TCU fixa nova jurisprudência sobre garantia adicional prevista na Lei nº 8.666, de 1993

Daniel de Andrade Oliveira Barral

Procurador Federal da AGU
Mestrando em Direito Público
Fundador e Colaborador do Portal L&C.

Da garantia adicional de proposta

[O Tribunal de Contas da União - TCU](#) respondeu consulta formulada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1ª e fixou novo entendimento sobre a forma de cálculo da garantia adicional prevista no [art. 48, §2º, da Lei nº 8.666, de 1993 – Lei de Licitações](#), o que nos permite tratar, novamente, das regras de inexequibilidade de propostas disciplinadas nesta lei.

O assunto, que é especialmente disciplinado no art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993, apresenta três comandos de desclassificação à comissão julgadora. Segundo este artigo, deve ser desclassificado as propostas:

1. que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;
ou
2. que apresentem valor global superior ao limite estabelecido;
ou
3. que apresentem preços manifestamente inexequíveis;

Este último comando, objeto de nossa atenção neste breve comentário, procura afastar do certame aquelas propostas anormalmente baixas, cujos valores instilam dúvidas a respeito da real capacidade de execução da proposta apresentada pela empresa, *vis a vis* as exigências listadas no edital de licitação.

Contudo, receando estar afastando justamente o melhor contratado, a própria lei tem o cuidado de explicitar que a inexequibilidade somente deve ser

declarada pelo júri condutor do processo licitatório se a proposta não puder ser amparada por uma demonstração de “sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação”.

Assim, a inexequibilidade, para ser declarada, deve ser precedida de diligência que oportunize o licitante demonstrar a exequibilidade de sua proposta, e desde que o edital ou a lei tenham fixado critérios objetivos de desclassificação, conforme reiterada jurisprudência do TCU neste sentido:

A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexequibilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta. [Acórdão 3092/2014-Plenário](#) - BRUNO DANTAS

Um critério objetivo é conferido pelo parágrafo primeiro deste mesmo artigo 48, que estabelece uma regra de “manifesta inexequibilidade”, que, segundo a própria dicção legal, só é aplicável ao julgamento de propostas de licitações destinadas a obras ou serviços de engenharia:

Art. 48. Serão desclassificadas:

(...)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) **do menor dos seguintes valores.**

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

b) valor orçado pela administração.

§ 2º Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, **igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior** e o valor da correspondente proposta.

Um primeiro alerta necessário à interpretação deste dispositivo é que ainda que a lei adjective esta inexecutibilidade como manifesta, o entendimento corrente, consolidado na súmula 262 do TCU, é no sentido de que mesmo nestes casos deve ser dada oportunidade ao licitante para demonstração da executibilidade de sua proposta:

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 inexecutibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executibilidade da sua proposta.

Um segundo ponto que merece atenção é que a correta compreensão deste dispositivo deve conduzir o intérprete à conclusão de que será inexecutível a proposta que seja inferior a 70% do valor orçado pela administração ou inferior à média estabelecida entre às propostas ofertadas no certame que sejam superiores em 50% do valor orçado, sendo aplicável a regra que indicar o menor valor na aplicação comparativa.

O terceiro e derradeiro ponto é que a regra prevista no parágrafo segundo do art. 48 deve ser acionada quando, apesar de não estar enquadrado no espectro de manifesta inexecutibilidade, o licitante tenha apresentado uma proposta de preços que esteja próxima do valor considerado inexecutível, e, por esta razão, dele será exigida a apresentação de garantia adicional como forma de acatamento da Administração que, em razão da

fuga do padrão esperado de preços, ainda inspire dúvidas a respeito da sua capacidade de atendimento dos interesses desta.

O tema é complexo, e precisa de exemplificação, que pode ser extraída dos acórdãos do TCU que já enfrentaram esta matéria. Com efeito, a primeira vez que o TCU analisou este assunto foi na Decisão nº 1.713/2002 - Plenário, tendo o tema sido revisitado no TC 029.339/2017- 0 (ACÓRDÃO nº 2503/2018 – TCU – Plenário) e agora no acórdão nº 169/2021 – TCU – Plenário.

Neste último julgado o TCU apresenta o seguinte exemplo para demonstrar o equívoco da aplicação meramente literal do § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666, de 1993 e a necessidade da revisão dos entendimentos anteriores a respeito da garantia adicional:

A controvérsia envolve a interpretação da expressão “o valor resultante do parágrafo anterior”, acima destacada. No entanto, para a sua melhor compreensão, apresento, abaixo, um exemplo hipotético, que contempla o disposto no *caput* e nos dois parágrafos do citado art. 48 (para facilitar, consideremos que todos os valores estão em milhões):

Valor orçado: 100,00

50% do valor orçado: 50,00

Suponha que tenha havido três propostas acima de 50,00, com os seguintes valores: 70,00; 80,00 e 90,00.

Portanto, a média das propostas superiores a 50% do valor orçado é 80,00.

Nos termos do § 1º, será considerada manifestamente inexequível a proposta cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

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

Portanto, aplicando a alínea “a”, tem-se o seguinte: 70% de 80,00 (que é a média das propostas superiores a 50% do valor orçado) correspondem a 56,00.

Por outro lado, aplicando a alínea “b”, tem-se o seguinte: 70% de 100,00 (que é o valor orçado) correspondem a 70,00.

Nos termos do citado §1º, deve-se escolher o menor entre os dois valores resultantes da aplicação das alíneas “a” e “b”, ou seja, no nosso exemplo, entre 56,00 (alínea “a”) e 70,00 (alínea “b”), o que significa que será, neste exemplo, considerada inexequível a proposta cujo valor seja inferior a 56,00.

E, até aqui, não há controvérsia a ser dirimida. No entanto, o §2º diz que será exigida prestação de garantia adicional dos *“licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b”*”.

Portanto, é preciso calcular o valor correspondente a 80% do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b”, o que significa o seguinte:

Portanto, aplicando a alínea “a”, tem-se o seguinte: 80% de 80,00 (que é a média das propostas superiores a 50% do valor orçado), correspondem a 64,00.

Por outro lado, aplicando a alínea “b”, tem-se o seguinte: 80% de 100,00 (que é o valor orçado) correspondem a 80,00.

Nos termos do citado §2º, deve-se escolher o menor entre os dois valores resultantes da aplicação das alíneas “a” e “b”, ou seja, no nosso exemplo, entre 64,00 (alínea “a”) e 80,00 (alínea “b”), o que significa que, neste exemplo, somente será exigida prestação de garantia adicional do licitante cuja proposta for de valor inferior a 64,00.

E, mais uma vez, até aqui não há controvérsia a ser dirimida.

A controvérsia reside na parte final do §2º do art. 48, relativamente ao valor da garantia

adicional, pois a redação é confusa, ao afirmar que o valor da garantia deve ser **“igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta”**.

Vamos supor que o valor da proposta seja 60,00. De acordo com o nosso exemplo, esse licitante terá de prestar garantia adicional, pois o valor de sua proposta é inferior a 64,00. O valor da garantia adicional pode ser representado pela seguinte equação:

Valor da garantia adicional = (valor resultante do parágrafo anterior) – (valor da correspondente proposta)

Sabemos que o valor da proposta é 60,00.

A questão é: qual é o valor resultante do parágrafo anterior? Eis aqui a controvérsia a ser dirimida!

Conforme apontado pela instrução da SeinfraRodoviaAviação, há três respostas possíveis:

- 1) 70% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48;
- 2) o menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48; e
- 3) 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48.

A primeira opção é resultado da interpretação literal do § 2º do art. 48, mas deve ser rechaçada, pois sua aplicação conduziria ao absurdo de quanto maior fosse a proposta maior deveria ser o valor da garantia. Como se vê, essa interpretação inverte radicalmente a lógica, tendo em vista que quanto menor for o valor da proposta maior será o risco para a Administração Pública e, portanto, maior deve ser o valor da garantia a ser prestada.

Além disso, a depender da situação concreta, pode ocorrer de o valor da garantia ser, até mesmo, negativo.

Retornando ao exemplo anteriormente mencionado no qual o valor da proposta foi 60,00, vamos imaginar que uma segunda empresa ofertou o valor de 63,00. Se aplicarmos a interpretação da primeira hipótese, o valor da garantia será o seguinte:

- Para o licitante cuja proposta foi 60,00, será - 4,00 (negativo), pois será o resultado da diferença entre 56 (correspondentes a 70% de 80,00, lembrando que 80,00 é a média das propostas superiores a 50% do valor orçado) e 60,00;

- Para o licitante cuja proposta foi 63,00, será - 7,00 (negativo), pois será o resultado da diferença entre 56 (correspondentes a 70% de 80,00, lembrando que 80,00 é a média das propostas superiores a 50% do valor orçado) e 60,00.

Como se vê, essa interpretação levaria ao absurdo, razão pela qual deve ser afastada.

Segundo o Tribunal, a aplicação literal da regra de que a garantia deveria ser “igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta” levaria à indesejável situação que quanto menor o valor da proposta, tanto menor seria o montante do seguro: confira outro exemplo constante no julgamento do TCU, agora em formato gráfico para reforçar o entendimento do assunto:

Cálculo da Garantia Adicional

	Caso 01	Caso 02	
Valor orçado pela Administração	100,00	100,00	(A)
Proposta 1	98,00	84,00	
Proposta 2	76,00	75,00	
Proposta 3	54,00	55,00	
Proposta 4	52,00	66,00	
Proposta 5	45,00	41,00	
Aplicação do § 1º do art. 48			
50% de (A)	50,00	50,00	(B)
Média aritmética dos valores das propostas superiores a (B) ==> Propostas 1, 2, 3 e 4	70,00	70,00	(C)
Menor entre (A) e (C)	70,00	70,00	(D)
70% de (D)	49,00	49,00	(E)
Proposta manifestamente inexecuível, com viabilidade a ser demonstrada ==> < (E)	5	5	
Propostas exequíveis ==> ≥ (E)	1, 2, 3 e 4	1, 2, 3 e 4	
Aplicação da literalidade § 2º do art. 48			
80% de (D)	56,00	56,00	(F)
Proposta vencedora com valor menor que (F)	4	3	
Valor da proposta vencedora	52,00	55,00	(G)
Garantia Adicional da vencedora: (D) - (G)	-3,00	-6,00	

Com o objetivo de superar esta interpretação que conflita com a própria finalidade da norma, o TCU na Decisão nº 1.713/2002 - TCU - Plenário, da relatoria do Ministro - Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, e seguida pelo

Acórdão nº 2.503/2018 - TCU - Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas tinham adotado a segunda interpretação possível, qual seja: o menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48.

Ocorre que como observou o relator do acórdão nº 169/2021 – TCU – Plenário este entendimento implicaria substancial elevação do valor da garantia, que poderia acabar afastando alguns interessados.

A terceira possível interpretação, qual seja, 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48, encontra sua defesa na doutrina de Marçal Justen Filho, nos seguintes termos:

7) A necessidade de seguro (§ 2.º)

O § 2.º estabelece outra presunção, relacionada com a ampliação do risco para propostas de valor mais reduzido. A desconfiança dirige-se contra as propostas que forem superiores a 70% e inferiores a 80% do menor valor entre aqueles indicados nas duas alíneas do § 1.º. Se for vencedora proposta incluída nessa faixa, o licitante estará obrigado a promover garantia adicional.

A garantia deverá cobrir a diferença entre o valor da proposta e o limite mínimo de 80%. Assim, retorne-se ao primeiro exemplo acima. Suponha-se vencedora a proposta no valor de 62. Como a média das propostas ficara em 85,25, o limite de 80% corresponderia a 68,20. Portanto, o licitante teria de promover garantia correspondente à diferença entre 62 e 68,20. Observe-se que a garantia não será constituída nos limites do art. 56, § 2.º. Ou seja, não será aplicável o limite de 5% ou 10%. Portanto e se o edital contiver cláusula de obrigatoriedade de prestação de garantia (10% da proposta, por exemplo), surgirá a seguinte situação. O licitante deverá prestar garantia de 10% sobre o montante de 62 e de 100% sobre o valor de 6,20.

Observe-se que a redação dada ao § 2.º conduz a resultado distinto daquele acima explicitado. Segundo a fórmula literal introduzida pela Lei 9.648/1998, a garantia deveria ser “igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor

da correspondente proposta”. Logo, o seguro teria de abranger a diferença entre o valor da proposta e 70% do menor dos valores indicados nas alíneas do § 1.º. Isso produziria um despropósito: quanto menor o valor da proposta, tanto menor seria o montante do seguro. Chegar-se-ia ao máximo do despropósito quando a proposta fosse equivalente ao limite mínimo (70% do menor valor). Então, a diferença seria igual a zero e não haveria seguro a fazer. Por outro lado, quanto maior o valor da proposta, tanto maior seria o seguro a realizar.

Ora, somente se pode reputar que o seguro é exigido porque a redução do valor amplia o risco da inexecução. Daí se extrai que, quanto mais próximo do limite mínimo admissível tanto maior deverá ser o seguro. **O único modo de tornar efetiva a garantia legal é supor que a garantia tem de abranger a diferença entre o valor da proposta e 80% do menor valor apurado segundo o § 1.º.** A regra reporta-se ao art. 56, § 1.º, no tocante às modalidades de garantia admissíveis e a faculdade de o particular optar pela que lhe parecer mais adequada. (grifos acrescentados).

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed)

Segundo o relator, a única diferença entre a segunda e a terceira interpretação é o valor adicional de garantia, sendo que a segunda interpretação pode gerar situações desarrazoadas:

Consoante bem observado pela unidade técnica, tanto a segunda interpretação quanto a terceira apresentam seguem a lógica de que quanto menor o valor da proposta maior o risco e, por consequência, maior deve ser o valor adicional da garantia. O que difere, portanto, uma interpretação da outra é o valor da garantia adicional para propostas com valores próximos a 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48.

Segundo simulações feitas pela SeinfraRodoviaAviação e reproduzidas no relatório que antecede este voto, *“enquanto determinada proposta no valor de 79,99% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 terá de reter cerca de 25% do valor*

ofertado em garantia adicional, não restará essa obrigação para propostas com valores igual ou superior aos ditos 80%”. Disso conclui a unidade técnica que “gera certa desproporcionalidade entre os juízos de risco adotados para propostas com valores imediatamente inferiores e superiores ao limite de 80% citado”.

A questão fica mais evidente ao se considerar que, nos termos do art. 56 da Lei de Licitações, nas contratações de obras, serviços e compras a garantia não excederá a cinco por cento do valor do contrato e, no caso de contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

É de se ver que, como bem disse a unidade técnica, a garantia do art. 56 não poder ser confundida com a disposta no § 2º do art. 48, pois a primeira, desde que prevista no instrumento convocatório, terá efeitos na proposta a ser contratada independentemente de apresentar valor acima ou abaixo do limite imposto para a garantia adicional, ao passo que a segunda, como o nome já sugere, é uma garantia adicional que, por isso mesmo, não exclui a obrigação da prestação da garantia do art. 56, se assim estiver previsto no edital correspondente.

A questão aqui é a discrepância de valores: enquanto a garantia do art. 56 tem como teto limites que variam entre 5% e 10%, a garantia adicional pode chegar a 25% do valor do contrato, se adotada a segunda interpretação, o que a meu ver conduz a resultado que se distancia da lógica adotada pela Lei de Licitações e tem o potencial de afastar os licitantes, em face da onerosidade excessiva imposta pela garantia adicional.

Por essas razões entendo que a interpretação mais adequada para a expressão “o valor resultante do parágrafo anterior” constante da parte final do § 2º do art. 48 da Lei de Licitações é aquela que decorre da interpretação sistemática, que deve considerar a lógica interna da própria Lei de Licitações,

especialmente os valores referenciais fixados por seu art. 56, admitida, obviamente, alguma variação razoável.

Portanto, ao acompanhar a lição de Marçal Justen Filho, o TCU, por meio do Ministro-Relator Raimundo Carreiro, sintetizou sua nova posição a partir dos seguintes apotegmas:

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

Publicado em 19/02/2021.

As referências a este L&C Comenta deverão ser feitas da seguinte maneira:

BARRAL, Daniel de Andrade Oliveira. **TCU fixa nova jurisprudência sobre garantia adicional prevista na Lei nº 8.666, de 1993**. Disponível em:

www.licitacaoecontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.