

GRUPO I – CLASSE III – Plenário
TC 039.025/2019-5
Natureza: Consulta
Órgão: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Representação legal: não há

SUMÁRIO: CONSULTA FORMULADA PELA PRESIDÊNCIA DO TRF-1 ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE FÓRMULA QUE ESTABELEÇA O CÁLCULO DO VALOR DA GARANTIA ADICIONAL DISPOSTA NO § 2º DO ART. 48 DA LEI Nº 8.666/1993 COMO SENDO A DIFERENÇA ENTRE O VALOR DA PROPOSTA E O CORRESPONDENTE A 80% DO MENOR VALOR A QUE SE REFEREM AS ALÍNEAS "A" E "B" DO § 1º DESSE MESMO ARTIGO. CONHECIMENTO, NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU. RESPOSTA AO CONSULENTE.

RELATÓRIO

Transcrevo, abaixo, o inteiro teor da instrução lavrada no âmbito da SeinfraRodoviaAviação, com a qual se manifestou de acordo o seu dirigente (peças 6-7):

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de consulta formulada pelo Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, no exercício da presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, acerca da possibilidade de adoção de fórmula que estabeleça o cálculo do valor da garantia adicional disposta no § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993 como sendo a diferença entre o valor da proposta e o correspondente a 80% do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º desse mesmo artigo (peça 2).

2. *Questiona-se, então, na presente consulta:*

*Diante da defeituosa redação dada ao § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993, dos termos da Súmula/TCU 262 e da forma de cálculo apresentada no voto condutor do Acórdão/TCU 2503/2018-Plenário, é admissível a adoção de fórmula que estabeleça, como valor da **garantia adicional**, a diferença entre o valor da proposta e o correspondente a 80% do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º do aludido artigo 48 da Lei 8.666/1993? (grifos acrescidos)*

HISTÓRICO

3. *O art. 48 da Lei nº 8.666/1993 define os critérios para desclassificação de propostas em licitações públicas. Entre as propostas passíveis de desclassificação estão aquelas com preços manifestamente inexequíveis, nos termos do inciso II e § 1º, alíneas "a" e "b" desse artigo. Sobre esse tema, a Súmula TCU 262, mencionada pelo consulente, aborda exclusivamente a característica de presunção relativa dos preços enquadrados como inexequíveis, a saber:*

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.

4. *Observe-se que a interpretação consolidada na referida súmula não trata da “garantia adicional”, disposta no § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993 e objeto da consulta. A dívida levantada na consulta diz respeito à forma de cálculo dessa garantia.*
5. *Sobre essa questão, são encontradas na jurisprudência do Tribunal duas deliberações: Decisão 1.713/2002-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti, e o Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas.*
6. *A Decisão 1.713/2002-TCU-Plenário, deliberada nos autos do TC 005.454/2001-4, tratou de tomada de contas especial sobre irregularidades em obra rodoviária. Já o Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário, proferido no âmbito do TC 029.339/2017-0, refere-se à representação sobre possíveis irregularidades ocorridas no pregão eletrônico para a contratação de empresa para execução de serviços de disponibilização, instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos de controle de tráfego nas rodovias federais.*
7. *O relatório que embasa a Decisão de 2002 detalha o cálculo dessa garantia como sendo o resultado da diferença entre o menor entre os dois valores estabelecidos nas alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 e o valor da proposta oferecida pelo licitante. Ressalte-se que, apoiada nessa decisão, a publicação do TCU: Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU, 4ª edição, páginas 514 a 517, descreve essa mesma forma de cálculo para a garantia adicional.*
8. *Por sua vez, o Voto que fundamenta o Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário, ao concordar parcialmente com o encaminhamento da unidade técnica, segue o mesmo entendimento de 2002 para a forma de cálculo da garantia adicional disposta no § 2º do art. 48 da Lei de Licitações.*
9. *Registre-se que o encaminhamento da unidade técnica apreciado pelo Relator adota para o cálculo do valor da garantia adicional o resultado da diferença entre **80%**, e não o valor integral, do menor entre os dois valores estabelecidos nas alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 e o valor da proposta oferecida pelo licitante.*
10. *A forma de cálculo proposta pela unidade instrutiva foi adotada posteriormente pela Justiça Federal, em sede de ação ajuizada pela empresa para a qual recaiu a obrigação da garantia adicional determinada pelo TCU por meio do Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário.*
11. *Ato contínuo ao Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário, a empresa com a obrigação de prestar a garantia adicional determinada pelo TCU moveu na 1ª Vara Federal de Curitiba ação em face do referido decisum - Procedimento Comum nº 5054011-61.2018.4.04.7000/PR -, peça 3, na qual aquele juízo decidiu por deferir “o pedido subsidiário para antecipação dos efeitos da tutela para permitir que a contratação da autora, mediante a apresentação da garantia adicional no valor de R\$ 25.249.154,00, sem prejuízo dos demais requisitos e exigências do edital.” Essa decisão foi mantida pelo TRF da 4ª Região após apreciação do Agravo de Instrumento nº 5047984-13.2018.4.04.0000/PR interposto pela Advocacia Geral da União, peça 4.*
12. *O valor de R\$ 25.249.154,00 definido pela justiça foi calculado a partir dos dados do respectivo processo licitatório, considerando-se a diferença entre **80%** do menor entre os dois valores estabelecidos nas alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 e o valor da proposta oferecida pela empresa licitante.*

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

13. *O art. 264 do Regimento Interno do TCU versa sobre o rol de autoridades legitimadas para formularem pedido de consulta, entre as quais o Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região não se encontra.*

14. *Entretanto, há precedentes no Acórdão 711/2003-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Humberto Guimarães Souto, e na Decisão 504/2001-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça, nos quais foi admitida a consulta por parte da Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.*

15. *Ademais, verificando-se que os outros requisitos de admissibilidade presentes no §1º do art. 264 e art. 265 do Regimento Interno do TCU, foram devidamente preenchidos pelo consulente, como o questionamento em tese, sobre matéria de competência do Tribunal e formulado de forma articulada e precisa, bem como dada a relevância do assunto em discussão pela consulta, pode o pedido ser conhecido e atendido.*

EXAME TÉCNICO

16. *A aplicação e forma de cálculo da garantia adicional em análise foram definidas pelo legislador, por meio da Lei nº 9.648 de 1998, ao incluir no art. 48 da Lei de Licitações dispositivos, entre os quais o § 2º, que passaram a disciplinar propostas manifestamente inexequíveis, a saber:*

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

~~II - as propostas com preços excessivos ou manifestamente inexequíveis.~~

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

~~Parágrafo único. Quando todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de 8 (oito) dias úteis para a apresentação de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo.~~

~~Parágrafo único. Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)~~

*§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no **caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia**, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)*

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) valor orçado pela administração. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

(grifos acrescentados)

17. Para os casos de “licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia”, o legislador estabeleceu, com a inclusão no art. 48 da Lei de Licitações dos §§ 1º, alíneas “a” e “b”, e 2º, parâmetros complementares ainda mais objetivos para o reconhecimento de proposta manifestamente inexequível.

18. Ademais, da leitura desse artigo, observa-se que o legislador, a partir de 1998, ao especificar parâmetros definidores de propostas inexequíveis, incluiu mecanismo de salvaguarda para a Administração Pública contratante: a garantia adicional.

19. Sobre a origem dessa cautela, nunca é demais lembrar que na fase interna da licitação, a Administração Pública realiza a sua cotação de preços, e atribui ao objeto que deseja licitar um valor que, em tese, é condizente com o preço praticado no mercado. Nessa fase interna, portanto, já se configura uma primeira avaliação do preço mercado

20. Em seguida, na fase externa, a Administração, via edital, faz o chamamento dos interessados em fornecer o produto ou prestar o serviço. As interessadas oferecem, cada uma, o seu preço. A média aritmética das propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração configura, por assim dizer, uma segunda análise dos preços praticados no mercado. Essa análise é baseada em valores ofertados pelos fornecedores.

21. Natural, portanto, que após sucessivos procedimentos que visem assegurar que a Administração está a contratar algo cujo o preço se situa numa faixa aceitável nos parâmetros de mercado, possa o Administrador Público agir com cautela e prudência ante aquele proponente que oferece um preço muito aquém das avaliações que foram feitas tanto na fase interna quanto a própria avaliação de preço de mercado decorrentes das ofertas feitas pelos licitantes.

22. Se um preço se destaca por seu valor muito destoante das avaliações feitas, é natural que haja risco para Administração contratar a empresa que oferece o produto/serviço por um valor muito aquém das demais empresas. Para esse risco, há um preço, que é a garantia adicional.

23. Retomando à leitura do art. 48, sobre o disposto no § 1º, alíneas “a” e “b”, de aplicação direta e fácil, não reside dúvidas quanto a forma de cálculo para se verificar a exequibilidade de determinada proposta, oferecida em sede de licitação de menor preço para obras ou serviços de engenharia. De acordo com o parágrafo, em certames na modalidade menor preço para contratação de obras ou serviços de engenharia, propostas com valores globais inferiores a 70% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” terão de demonstrar suas viabilidades.

24. Essa mesma objetividade não é observada no texto do § 2º. A confusão acontece ao se tentar entender a aplicação e o cálculo do valor da garantia adicional apenas da literalidade do parágrafo.

25. Em rápido exame literal desse dispositivo pode-se chegar à conclusão de que o valor da garantia adicional deverá ser simplesmente a diferença entre o “valor resultante do parágrafo anterior”, 70% do menor dos valores das alíneas “a” e “b”, e o “valor da correspondente proposta”. Porém, dessa leitura aparece incongruência com o fato de que estão obrigadas a apresentar a aludida garantia adicional propostas com valores abaixo de 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b”. Noutras palavras, o cálculo para propostas com valores entre 70% e 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” levará a valores negativos para a garantia adicional, além de a proposta de maior valor apresentar maior garantia em valor absoluto.

26. *A seguir apresenta-se exemplo hipotético com o fito de demonstrar o problema:*

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 inexecutável, com viabilidade a ser demonstrada ==> < (E)	5	5	
Propostas executáveis ==> ≥ (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	

27. *Sobre o fato de não se adotar a interpretação literal do parágrafo para o cálculo da garantia adicional, há consenso na jurisprudência desta Corte de Contas, na doutrina especializada e no julgado citado da justiça comum.*

28. *Nesse passo, ao tempo que o Voto que fundamenta o Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário cita texto da jurista Maria Sylvia Zanella di Pietro, a Decisão de lavra da Juíza Federal Thais Sampaio da Silva Machado (Procedimento Comum nº 5054011-61.2018.4.04.7000/PR) reproduz ensinamentos do professor Marçal Justen Filho:*

Excerto do Voto do Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário:

(...) a interpretação literal do dispositivo, que levaria a calcular o montante da garantia pela diferença entre 70% do menor valor referido nas alíneas “a” e “b” do § 1º e o valor da correspondente proposta, tem de ser afastada, porque levaria ao absurdo. Conhecido é o princípio de hermenêutica segundo o qual devem ser afastadas as interpretações que conduzam ao absurdo.

(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.)

Excerto da Decisão referente à ação nº 5054011-61.2018.4.04.7000/PR:

(...) 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 § 1º. 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.

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

29. *Não sendo cabível a simples interpretação gramatical para se clarear o sentido e alcance do disposto no parágrafo, as interpretações lógica e sistemática se sobressaem para o caso.*

30. *Procurando-se compreender por meio do processo lógico o pensamento do legislador (mens legislatoris), pode-se inferir que (i) a exigência do instituto da garantia adicional apareceu no momento em que se passou a aceitar, desde que demonstrada a exequibilidade, propostas tidas como inexequíveis anteriormente à edição da Lei nº 9.648/1998; (ii) se o preço da proposta vencedora for igual ou superior ao valor relativo aos 80% do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º, não haverá garantia adicional; (iii) buscou-se, com a garantia adicional, mitigar o risco quanto à exequibilidade observada em propostas com valores globais abaixo de 80% do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º; e (iv) procurou-se definir, para o cálculo da garantia adicional, fórmula que resultasse em valor que fosse diretamente proporcional ao tamanho da desconfiança sobre a exequibilidade dos valores das propostas enquadradas abaixo de 80% do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º.*

31. *Partindo-se dessas inferências, resta interpretar as duas parcelas da diferença que define o cálculo da garantia adicional: “prestação de garantia adicional, (...) igual a diferença entre o **valor resultante do parágrafo anterior** e o **valor da correspondente proposta**.”*

32. *Não há dúvida quanto ao “valor da correspondente proposta”, haja vista tratar-se exatamente do valor de cada uma das propostas oferecidas pelos licitantes situadas abaixo do limite de 80% do menor valor das hipóteses do § 1º do art. 48, estabelecido para se exigir a garantia adicional.*

33. *Quanto à parcela referente ao “valor resultante do parágrafo anterior”, a compreensão não é tão evidente. Nesse caso, partindo-se das possibilidades de cálculo verificadas nas decisões e doutrinas citadas no início desta instrução, valendo-se da análise sistemática, buscar-se-á estudar a melhor compreensão para o termo “valor resultante do parágrafo anterior” no contexto do § 2º, examinando-o à luz de outros dispositivos da Lei de Licitações e de princípios constitucionais.*

34. *Das decisões e doutrinas citadas no início desta instrução, são extraídas três formas para a valoração do termo “valor resultante do parágrafo anterior”:*

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

35. *A primeira forma refere-se à obtida do exame literal do dispositivo, situação abordada anteriormente e afastada pelas decisões e jurisprudências citadas, tendo em vista o claro absurdo decorrente de sua aplicação.*

36. *A segunda possibilidade reflete a adotada na Decisão 1.713/2002-TCU-Plenário e seguida pelo Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário.*

37. *Do Voto da decisão de 2018, observa-se passagem da jurista Maria Sylvia Zanella di Pietro que, de forma bastante didática, resume o fundamento da adoção de tal possibilidade:*

Excerto do Voto do Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário:

O valor resultante do parágrafo anterior tanto pode ser um dos indicados nas alíneas “a” e “b”, sem aplicação dos 70%, como esses mesmos valores com aplicação dos 70%. Levando-se em conta que o último critério leva ao absurdo, resta o primeiro. Assim sendo, para cálculo do valor da garantia, deve-se calcular a diferença entre o menor valor referido no § 1º e o valor da proposta.

*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.*

*Porém, não se pode deixar de lembrar que o interesse maior da Administração é o de atrair **propostas exequíveis**. Não adianta atrair grande número de licitantes e acabar por classificar propostas que os interessados não têm condições de cumprir, causando prejuízos maiores para a Administração.*

(...)

Para evitar que propostas como essa sejam desclassificadas, diminuindo as chances de escolha da Administração, o legislador optou por aceitá-las, considerando-as exequíveis; porém, para assegurar que realmente o contrato seja levado a bom termo, exigiu garantia maior, além daquela exigida no art. 56. O objetivo foi exatamente este: o de exigir garantia tanto maior quanto menor o valor da proposta, desde que esta seja inferior ao montante considerado aceitável pelo legislador.

(...)

Com efeito, o pequeno valor da proposta, que não atinge o mínimo indispensável para ser assegurada apenas com a garantia prevista no art. 56 da lei, justifica a exigência da garantia adicional prevista no art. 48, § 2º. É como se o legislador dissesse ao licitante: “sua proposta é de valor pequeno e a possibilidade de exequibilidade do contrato também é pequena; no entanto, ela poderá ser classificada em primeiro lugar, desde que sujeita à prestação de garantia maior, considerada razoável para garantir o cumprimento do contrato”.

(...)

À vista do exposto, a conclusão é no sentido de que a expressão “valor resultante do parágrafo anterior”, constante do art. 48, § 2º, da Lei nº 8.666/93, corresponde ao menor valor referido nas alíneas “a” e “b” do § 1º, sem aplicação do índice de 70% referido nesse dispositivo.” (grifos no original)

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.

38. *Essa tese é contraposta pelos argumentos apresentados pelo juízo da decisão referente à ação nº 5054011-61.2018.4.04.7000/PR, na qual transcreve trecho da obra do jurista Marçal Justen Filho, com argumentos que corroboram para a terceira possibilidade, a saber:*

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.

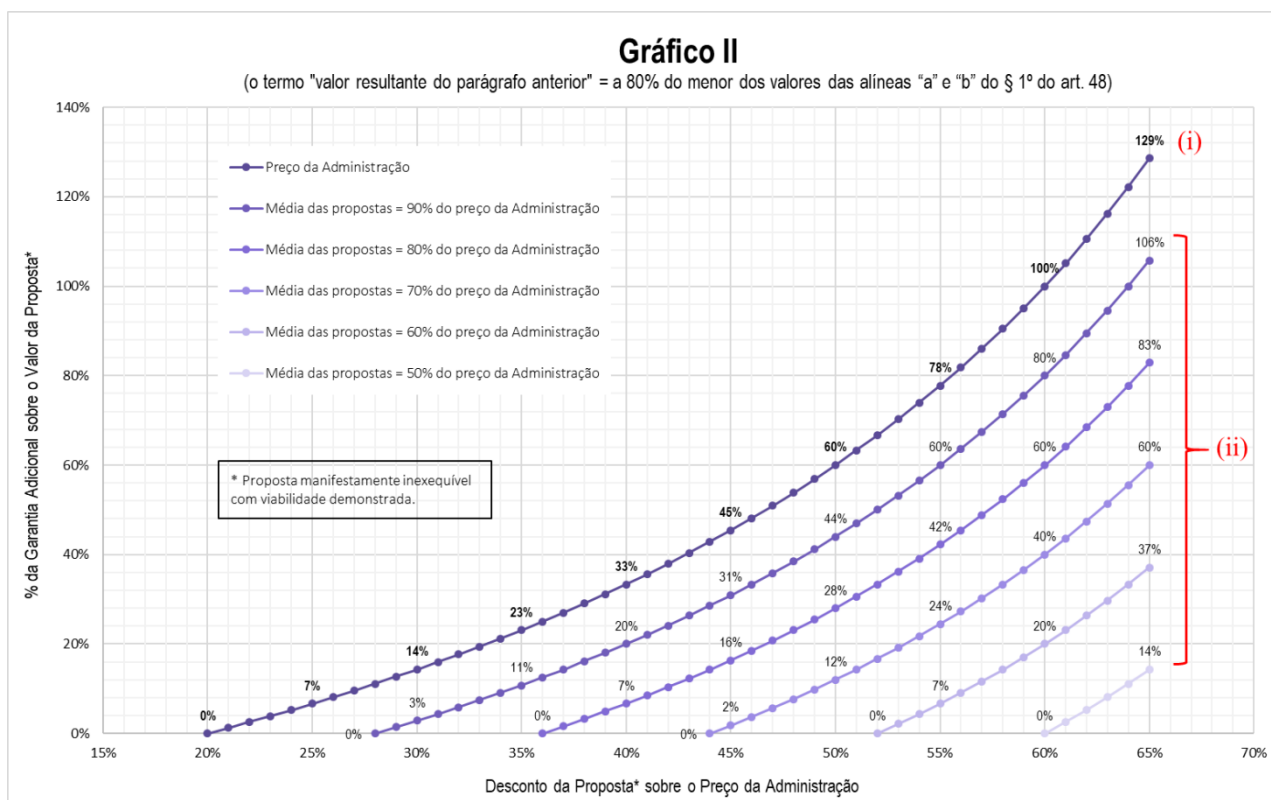
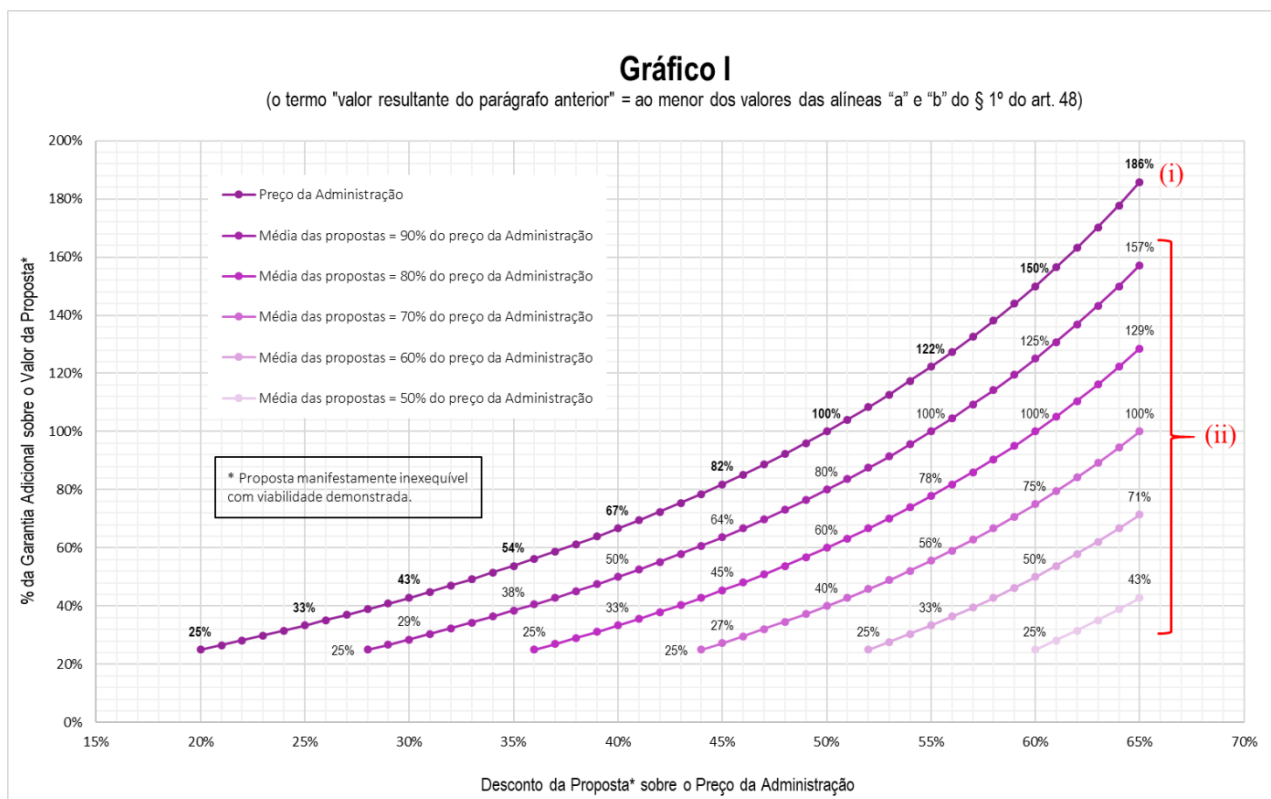
Observe-se que a redação dada ao § 2.º conduz a resultado distinto daquele acima explicitado. Segundo a fórmula literal introduzida pela Lei 9.648/1998, a garantia deveria ser “igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta”. Logo, o seguro teria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

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

39. Os dois pontos de vista são uníssonos ao concluírem que propostas com valores menores aumentam o risco da inexigibilidade do objeto contratado e, por isso, devem arcar com garantias maiores. Entretanto, o que difere um do outro, basicamente, é, em última análise, o valor de partida da garantia adicional para propostas com valores próximos a 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48.

40. Os reflexos do impacto no valor da garantia adicional em cada um dos modelos podem ser visualizados nos gráficos I e II dispostos a seguir:



41. Os gráficos constam do arquivo não digitalizável juntado à peça 5. O **Gráfico I** apresenta curvas nas quais foi considerado, para o cálculo da garantia adicional, o “valor resultante do parágrafo anterior” igual ao menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48, enquanto que no **Gráfico II**, para essa mesma variável, as curvas foram elaboradas com a aplicação do percentual de 80% sobre o menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48.

42. Ambos gráficos mostram: no eixo horizontal (abscissa) a variação percentual do desconto

da proposta sobre o preço da Administração, adotando-se valores abaixo de 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48; e no eixo vertical (ordenada) a variação percentual da garantia adicional sobre o valor da correspondente proposta, obtida em função da média das propostas superiores a 50% do preço da Administração e do desconto da proposta manifestamente inexequível com viabilidade demonstrada.

43. A curva superior (i) representa o caso em que o valor orçado pela Administração se mostra inferior à média das propostas com valores superiores a 50% ao valor orçado pela Administração. As demais curvas (ii) correspondem a situações hipotéticas nas quais a média das propostas com valores superiores a 50% ao valor orçado pela Administração são inferiores ao valor orçado pela Administração.

44. Partindo-se para a análise dos gráficos, observa-se que o valor da garantia adicional é função não apenas do valor do desconto apresentado por determinada proposta, mas também do valor orçado pela Administração e da média das demais propostas com valores acima de 50% do preço da Administração. Disso, pode-se concluir que o legislador ponderou, para o cálculo dessa garantia, três variáveis: o desconto; o valor orçado pela Administração; e a média dos valores dos demais participantes do certame, que superarem 50% do valor orçado pela Administração.

45. Por exemplo, considerando o critério adotado no Gráfico I, determinada proposta que tenha apresentado desconto de 30% terá de oferecer 43% do valor de sua oferta em garantia adicional caso o valor da Administração (alínea “b” do § 1º) se mostrar menor que a média das propostas (alínea “a” do § 1º), e 29% no caso de a média das propostas (alínea “a” do § 1º) ser igual a 90% do valor orçado pela Administração (alínea “b” do § 1º). Se aplicado esse mesmo caso no Gráfico II, observa-se que os percentuais em garantia adicional sobre o valor da proposta serão de 14% e 3% respectivamente.

46. Desse exemplo, é notório o fato de, ao se interpretar o termo “valor resultante do parágrafo anterior” como sendo simplesmente o menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48, as garantias adicionais serem bem mais elevadas quando comparadas às do Gráfico II. A própria professora Di Pietro reconhece, em trecho do seu artigo antes transcrito, que o cálculo aplicado na forma do Gráfico I eleva bastante o valor da garantia adicional.

47. Avançando nessa observação, diferentemente do modelo apresentado no Gráfico II, o critério do Gráfico I parte do valor de 25% da garantia adicional para propostas próximas a 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48. Isso gera certa desproporcionalidade entre os juízos de risco adotados para propostas com valores imediatamente inferiores e superiores ao limite de 80% citado. Exemplificando, 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%.

48. Já no Gráfico II, essa desproporção não é verificada, haja vista ser próximo a 0% o valor de partida da garantia adicional para propostas com valores próximos a 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48.

49. Não se pode olvidar o fato de a garantia do art. 56 não poder ser confundida com a disposta no § 2º do art. 48. 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. Além disso, como o nome já sugere, a garantia adicional não exclui a obrigação da prestação da garantia do art. 56, se assim estiver previsto no edital correspondente.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e

compras.

(...)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Para 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 previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(grifos acrescentados)

50. *Ou seja, a preocupação do agente operador da lei de se considerar percentual de menor monta para garantias adicionais oferecidas por aquelas propostas próximas ao limite de 80% estabelecido no § 2º é mitigada ao poder aplicar sobre essas mesmas propostas, cumulativamente, a garantia estabelecida no art. 56 do mesmo mandamento legal.*

51. *Ademais, valendo-se novamente da interpretação sistemática, razoável que haja proporção entre os valores percentuais esperados para esses dois tipos de garantia. Nesse sentido, voltando ao exemplo prático, os percentuais de 3% e 14% obtidos para a garantia adicional via Gráfico II mostram-se muito mais aderentes aos limites de 5% e 10% estabelecidos no art. 56, quando comparados aos valores de 29% e 43% encontrados a partir do Gráfico I.*

52. *Somando-se a isso, ainda sob o aspecto sistemático de análise das normas, vê-se que o socorro aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da finalidade se faz oportuno, uma vez que nenhum dos dois critérios de definição adotados nos Gráficos I e II para o termo “valor resultante do parágrafo anterior” vão ao encontro da literalidade do § 2º. Não custa repisar que, se fosse considerado a letra fria do § 2º, o valor resultante do parágrafo anterior, § 1º, equivaleria a 70% do menor dos valores das alíneas “a” e “b”, interpretação já enfrentada e afastada nos parágrafos anteriores.*

53. *Sob a ótica da proporcionalidade, acrescentando ao que já foi dito sobre os altos valores da garantia adicional apresentados a partir do Gráfico I quando comparado aos do Gráfico II, observa-se que tal forma de cálculo resulta no efeito questionável de se exigir, como mínimo para esse tipo de garantia o percentual de 25% do valor pactuado. Valor bastante desproporcional aos estabelecidos no art. 56 da Lei de Licitações. Essa falta de proporção, com exigências de garantias adicionais relevantes em relação ao valor contratado, pode afastar interessados no certame, comprometendo a finalidade da licitação de atender ao interesse público na busca da proposta mais vantajosa.*

CONCLUSÃO

54. *De todo exposto, considerando as interpretações lógica e sistemática realizadas sobre o texto do § 2º do art. 48 da Lei de Licitações, conclui-se que a forma de cálculo para a garantia adicional disciplinada nesse parágrafo que melhor se amolda à finalidade da licitação de atender ao interesse público na busca da proposta mais vantajosa é a seguinte: Garantia Adicional = (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48) – (valor da correspondente proposta).*

55. *Esta instrução está acompanhada de apêndice com aplicação prática do cálculo para identificar a exequibilidade ou inexecuibilidade de propostas em licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia (inciso II e § 1º do art. 48 da Lei 8.666/1993) e o respectivo cálculo da garantia adicional (§ 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993).*

56. *Por fim, propõe-se que, por meio de errata, o entendimento proposto para o cálculo da garantia adicional seja objeto de ajuste da publicação do TCU, “Licitações e contratos: orientações e*

jurisprudência do TCU, 4ª edição”, na parte que trata do “Julgamento de propostas em licitações de obras e serviços de engenharia”, às páginas 514 a 517.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

57. *Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) conhecer da presente consulta, vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no § 1º do art. 264 e art. 265 do Regimento Interno do TCU c/c os precedentes encontrados no Acórdão 711/2003–Plenário, de relatoria do Ministro Humberto Guimarães Souto, e na Decisão 504/2001–Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça;

b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que, à luz das interpretações lógica e sistemática realizadas sobre o texto do § 2º do art. 48 da Lei de Licitações, conclui-se que a forma de cálculo para a garantia adicional disciplinada nesse parágrafo que mais se amolda à finalidade da licitação de atender ao interesse público na busca da proposta mais vantajosa é a seguinte:

Garantia Adicional = (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48) – (valor da correspondente proposta);

c) alterar, por meio de errata, a publicação do TCU, “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU, 4ª edição”, na parte que trata do “Julgamento de propostas em licitações de obras e serviços de engenharia”, às páginas 514 a 517, considerando para o cálculo da garantia adicional a forma ora proposta; e

d) encerrar este presente processo, nos termos do art. 169, inciso V, do RITCU.

Solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU (peça 8), que se manifestou em parecer da lavra do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, cujo inteiro teor reproduzo abaixo (peça 9):

Cuidam os autos de consulta formulada pelo Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, no exercício da presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, acerca da possibilidade de adoção de fórmula que estabeleça o cálculo do valor da garantia adicional disposta no § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993 como sendo a diferença entre o valor da proposta e o correspondente a 80% do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b” do § 1º desse mesmo artigo (peça 2).

Ao analisar o feito na instrução que integra a peça 6, a SeinfraRodoviaAviação propõe que seja respondido ao consulente que o valor da garantia adicional disciplinada no artigo 48, §2º, da Lei 8.666/1993 corresponde à diferença entre 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48 e o valor da proposta ofertada pelo licitante vencedor. Adicionalmente, sugere que seja alterada, por meio de errata, a publicação do TCU “Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU”, 4ª edição, páginas 514 a 517, de modo que o cálculo da garantia adicional reflita a regra ora proposta.

Registramos, de início, que atuamos nos autos atendendo à honrosa solicitação de audiência formulada pelo E. Relator, Ministro Raimundo Carreiro (peça 8).

Passando à análise do processo, não temos qualquer reparo a fazer ao escorreito exame realizado pela Unidade Técnica (peça 6), com o qual nos alinhamos integralmente.

No que se refere ao atendimento dos requisitos de admissibilidade, entendemos, dada a relevância do assunto, o alcance da matéria e a existência de precedentes nos quais a legitimidade para a proposição de processos da espécie foi mitigada (Acórdão 711/2003-Plenário e Decisão 504/2001-Plenário), que a consulta deva ser conhecida, conforme sugerido pela Unidade Técnica.

Em relação ao mérito, o objeto da consulta consiste em definir o procedimento que deve ser utilizado no cálculo da garantia adicional prevista no artigo 48, §2º, da Lei de Licitações, a ser exigida dos licitantes que apresentem propostas cujo valor global seja inferior a 80% do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b” do parágrafo anterior (artigo 48, §1º, da Lei 8.666/1993). Para tanto, é necessário explicitar o exato alcance da expressão “igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta”, que, na parte final do artigo 48, §2º, é definido como sendo o valor da garantia adicional. Como não há dúvidas quanto ao significado do termo “valor da correspondente proposta”, o cerne da questão consiste em esclarecer o sentido da expressão “valor resultante do parágrafo anterior”, a fim de que o valor da garantia adicional possa ser calculado.

Conforme adequadamente pontuou a Unidade Técnica, e diante da evidente imprecisão redacional do dispositivo, o termo “valor resultante do parágrafo anterior” pode ser entendido, segundo a interpretação que se dê para o artigo 48, de uma das seguintes formas:

a) 70% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48, interpretação que mais se aproxima da literalidade do dispositivo;

b) o menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48, interpretação adotada pelo Tribunal por ocasião da prolação do Acórdão 2.503/2018-Plenário;

c) 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48, interpretação ora sugerida pela Unidade Técnica, com a qual concordamos.

Quanto à possível interpretação da expressão “valor resultante do parágrafo anterior” segundo a alínea “a” retro, entendemos que esta deva ser afastada de pronto. Primeiro, porque contempla uma inconsistência contábil, já que, para propostas cujo valor global se situe entre 70% e 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48, o cálculo da garantia adicional – entendido como a diferença entre 70% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48 (“valor resultante do parágrafo anterior” segundo a alínea “a” retro) e o valor da proposta ofertada – resulta em valor negativo. Segundo, porque conduz a uma inconsistência lógica, já que, na mesma situação, isto é, para propostas cujo valor global se situe entre 70% e 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48, o módulo da garantia adicional (seu valor positivo) é tanto menor quanto mais próximo dos 70% o valor da proposta ofertada esteja, quando o lógico e o esperado seriam exatamente o oposto.

Quanto à possível interpretação do termo conforme o exposto na alínea “b” retro, o problema, além da falta de proporcionalidade evidenciada pela Unidade Técnica em sua instrução, é a falta de razoabilidade em situações extremas, conforme mostraremos a seguir.

Suponhamos, por exemplo, que um licitante A tenha ofertado uma proposta que, por coincidência, corresponda exatamente a 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48. Nessas condições, não seria exigível desse licitante a garantia adicional de que trata o §2º do artigo 48. Suponhamos agora que um licitante B tenha oferecido uma proposta apenas R\$ 0,01 inferior à proposta do licitante A. Nesse caso, a garantia adicional já seria exigível do licitante B (caso fosse ele o vencedor do certame) e, conforme demonstrado no Gráfico I (peça 6, p. 9), independentemente do valor da média aritmética das propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração, essa garantia adicional já partiria de um valor correspondente a 25% do valor da proposta ofertada.

Ora, não é razoável que uma diferença ínfima como essa possa produzir resultados tão diferentes. Dito de outra forma, não nos parece aceitável que a norma, diante de situações tão próximas, deixasse de exigir a garantia adicional de um licitante e, por outro lado, pretendesse ser tão gravosa com outro. Não há proporcionalidade nem razoabilidade no procedimento. Como a exigência de garantia adicional se destina a preservar a administração do risco decorrente da aceitação de propostas cujo valor global seja próximo ou inferior ao limite que a norma define como preço inexequível, uma diferença de apenas R\$ 0,01 entre as propostas não se prestaria a justificar um aumento do risco que desse causa à exigência de uma garantia adicional que já parte de 25% do valor da proposta ofertada. Esse percentual se mostra ainda mais exagerado e desproporcional quando o comparamos com o valor da garantia regular prevista no artigo 56 da Lei 8.666/93, que é limitada ao máximo de 10% do valor do contrato.

Para corrigir a distorção que ocorre com propostas muito próximas a 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48, o valor da garantia adicional teria que partir de zero, de forma a evitar saltos, e aumentar de forma gradual, conforme o valor da proposta ofertada diminuísse. Essas premissas são satisfeitas quando se interpreta a expressão “valor resultante do parágrafo anterior” conforme o exposto na alínea “c” retro. Nessa hipótese, a diferença entre 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48 e o “valor da correspondente proposta”, isto é, o valor da garantia adicional, é sempre positivo; aumenta conforme o valor da proposta diminui; e, no limite, parte de zero. Nesse sentido, todos os problemas e inconsistências relatados em relação aos critérios estabelecidos nas alíneas “a” e “b” retro desaparecem.

Assim, por constituir alternativa mais razoável, justa e que melhor atende aos interesses da administração e dos licitantes, estamos convencidos de que a interpretação que considera o “valor resultante do parágrafo anterior” como sendo 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do §1º do artigo 48 (alínea “c” retro) é a que melhor atende ao espírito da norma e ao interesse público.

Feitas essas considerações, endossamos, in totum, a proposta alvitrada pela SeinfraRodoviaAviação na instrução que integra a peça 6.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de consulta formulada pelo então Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, no exercício da presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, acerca da possibilidade de adoção de fórmula que estabeleça o cálculo do valor da garantia adicional disposta no § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993 como sendo a diferença entre o valor da proposta e o correspondente a **80%** do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º desse mesmo artigo (peça 2).

O consulente formula a seguinte indagação:

Diante da defeituosa redação dada ao § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993, dos termos da Súmula/TCU 262 e da forma de cálculo apresentada no voto condutor do Acórdão/TCU 2503/2018-Plenário, é admissível a adoção de fórmula que estabeleça, como valor da **garantia adicional**, a diferença entre o valor da proposta e o correspondente a **80%** do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º do aludido artigo 48 da Lei 8.666/1993? (grifos acrescentados)

Após a análise da matéria, a SeinfraRodoviaAviação, em pareceres uniformes, propôs o seguinte encaminhamento (peça 6):

a) conhecer da presente consulta, vez que se encontram satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos no § 1º do art. 264 e art. 265 do Regimento Interno do TCU c/c os precedentes encontrados no Acórdão 711/2003–Plenário, de relatoria do Ministro Humberto Guimarães Souto, e na Decisão 504/2001–Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Vinícios Vilaça;

b) nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que, à luz das interpretações lógica e sistemática realizadas sobre o texto do § 2º do art. 48 da Lei de Licitações, conclui-se que a forma de cálculo para a garantia adicional disciplinada nesse parágrafo que mais se amolda à finalidade da licitação de atender ao interesse público na busca da proposta mais vantajosa é a seguinte:

Garantia Adicional = (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48) – (valor da correspondente proposta);

c) alterar, por meio de errata, a publicação do TCU, “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU, 4ª edição”, na parte que trata do “Julgamento de propostas em licitações de obras e serviços de engenharia”, às páginas 514 a 517, considerando para o cálculo da garantia adicional a forma ora proposta; e

d) encerrar este presente processo, nos termos do art. 169, inciso V, do RITCU.

Solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU (peça 8), que se manifestou em parecer da lavra do Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, no qual manifestou concordância integral com a proposta da SeinfraRodoviaAviação (peça 9).

No tocante à admissibilidade da presente consulta, estou de acordo com a análise empreendida pela SeinfraRodoviaAviação, no sentido de que, embora o consulente não figura no rol de legitimados a formular consulta ao TCU, estabelecido pelo art. 264 do Regimento Interno, há precedentes desta Corte que, em face da relevância da matéria, conheceram da consulta, a exemplo do

Acórdão 711/2003-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Humberto Souto, e da Decisão 504/2001-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Marcos Vilela, nos quais foi admitida a consulta por parte da Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Desse modo, conheço da presente consulta.

A questão posta pelo consulente envolve a interpretação do art. 48, caput e §§ 1º e 2º da Lei de Licitações, com o seguinte teor:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) valor orçado pela administração. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

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 inexecutable 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. Conforme observado pela SeinfraRodovia Aviação, este Tribunal já se manifestou neste sentido, quando da prolação do Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, que reproduziu o seguinte trecho de lição doutrinária da Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) a interpretação literal do dispositivo, que levaria a calcular o montante da garantia pela diferença entre 70% do menor valor referido nas alíneas “a” e “b” do § 1º e o valor da correspondente proposta, tem de ser afastada, porque levaria ao absurdo. Conhecido é o princípio de hermenêutica segundo o qual devem ser afastadas as interpretações que conduzam ao absurdo.

(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.)

A SeinfraRodoviaAviação registra ainda a doutrina de Marçal Justen Filho, mencionada pela Juíza Federal Thais Sampaio da Silva Machado nos autos da Ação nº 5054011-61.2018.4.04.7000/PR, com o seguinte teor:

(...) 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 § 1º. 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.

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

Portanto, é de se rejeitar a interpretação da primeira hipótese.

A segunda interpretação possível foi a adotada por este Tribunal na Decisão 1.713/2002-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, e seguida pelo Acórdão 2.503/2018-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas e que se assentam na

compreensão de que, afastada a primeira interpretação, seria então o caso de se adotar a segunda interpretação, bem mais razoável.

No entanto, conforme reconhecido pela Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essa interpretação implica uma substancial elevação do valor da garantia, que pode acabar afastando alguns interessados. Nas palavras da doutrinadora:

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.

Observe, porém, que nas duas oportunidades em que esta Corte enfrentou o tema não foi discutida a possibilidade da terceira interpretação ora cogitada. Esta terceira interpretação, que adota o valor correspondente a 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48, recebeu, na doutrina, a defesa enfática de Marçal Justen Filho, cujo teor convém reproduzir e foi encampado pela referida decisão judicial prolatada nos autos da ação nº 5054011-61.2018.4.04.7000/PR:

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 inexequibilidade. 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 acrescidos).

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

Consoante bem observado pela unidade técnica, tanto a segunda interpretação quanto a terceira apresentam seguimento 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.

Mas, a rigor, não me refiro apenas aos valores referenciais. Muito mais do que isso, entendo que é importante manter a lógica interna do próprio art. 48. Entendo que a lógica interna do citado art. 48 é a seguinte:

1 - se a proposta apresenta valores inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos valores previstos nas alíneas a e b, então a proposta é, em regra, inexequível;

2 - se a proposta apresenta valores iguais ou superiores a 70% (setenta por cento) 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 - 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 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 citado 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.

O que quero dizer é que a expressão “o valor resultante do parágrafo anterior” constante do § 2º é aquele que se extrai da aplicação do próprio § 2º ao § 1º, isto é, dos 80% sobre o menor dos valores previstos nas alíneas a e b do § 1º. Se assim não for, ou seja, se aplicada a interpretação literal, a conclusão levará ao absurdo, conforme procurei demonstrar neste voto.

Além disso, referida interpretação deve buscar resultados práticos que, a um só tempo, criem mecanismos de proteção das contratações feitas pela Administração Pública, por meio da redução de riscos, mas também viabilizem a participação dos licitantes, afastando, assim, interpretações que impliquem a imposição de obstáculos intransponíveis ou de difícil superação por parte dos interessados.

Desse modo, entendo que a interpretação mais adequada para o § 2º do art. 48 da Lei de Licitações é a de que o cálculo da garantia adicional é o seguinte: Garantia Adicional = (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48) – (valor da correspondente proposta).

Com esses fundamentos, acolho, na íntegra os pareceres uniformes da SeinfraRodoviaAviação e do Ministério Público junto ao TCU, e voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à sua apreciação.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 25 de novembro de 2020.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator

VOTO REVISOR

Cuidam os autos de consulta formulada pelo Presidente em exercício do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, acerca da metodologia de cálculo do valor da garantia adicional estipulada no § 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993.

2. O consulente indagou, se diante da redação dada ao § 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993, dos termos da Súmula/TCU 262 e da forma de cálculo apresentada no voto condutor do Acórdão 2.503/2018-Plenário, seria possível a adoção de fórmula que estabeleça, como valor da garantia adicional, a diferença entre o valor da proposta e o correspondente a 80% do menor valor a que se referem as alíneas “a” e “b” do § 1º do aludido artigo.

3. Preliminarmente, em face da relevância da presente matéria, acompanho o relator, o eminente Ministro Raimundo Carreiro, para que o TCU conheça da presente consulta em caráter excepcional, dado que o consulente não está no rol de autoridades legitimadas a formular consultas ao Tribunal.

4. No mérito, o relator, acolhendo as propostas uníssonas da unidade técnica e do MP/TCU, propõe responder ao consulente que, “à luz das interpretações lógica e sistemática realizadas sobre o texto do § 2º do art. 48 da Lei de Licitações, o cálculo da garantia adicional disciplinada nesse parágrafo que mais se amolda à finalidade da licitação de atender ao interesse público na busca da proposta mais vantajosa é a seguinte: *Garantia Adicional = (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48) – (valor da correspondente proposta)*”.

5. Reconhecendo a evolução na jurisprudência do TCU, o relator também formulou deliberação no sentido de modificar a publicação do TCU, “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU”, atualmente em sua 4ª edição, a fim de incorporar o novel entendimento assentado na sua minuta de acórdão.

II

6. Na sessão plenária do dia 25/11/2020, pedi vista dos autos, pois, em juízo preliminar da matéria, divergiria do relator apresentando voto revisor no sentido de manter a mesma linha jurisprudencial até então adotada por esta Corte de Contas, que pode ser bem sintetizada por meio do enunciado produzido pela Secretaria das Sessões do Acórdão 2.503/2018-Plenário, relatado pelo Ministro Bruno Dantas, **in verbis**:

“Para o cálculo do montante a ser apresentado como garantia adicional, a expressão “valor resultante do parágrafo anterior”, constante do art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993, corresponde ao menor valor entre os referidos nas alíneas “a” (média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração) e “b” (valor orçado pela Administração) do § 1º, sem aplicação do percentual de 70% mencionado neste dispositivo.”

7. No entanto, após melhor refletir sobre a brilhante abordagem do Ministro Raimundo Carreiro em seu voto, antecipo que acompanharei sua proposta na íntegra, com base nos fundamentos a seguir expostos.

8. A exauriente exposição realizada pelo relator torna bem mais simples a minha tarefa de contextualizar a matéria, cuja controvérsia se encontra centrada na expressão “valor resultante do parágrafo anterior”, com a redação que foi conferida ao art. 48 da Lei de Licitações e Contratos pela Lei 9.648/1998:

“Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

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

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

b) valor orçado pela administração.

§ 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."

9. A interpretação até então adotada por esta Corte para o dispositivo legal estava alinhada com o entendimento defendido pela jurista Maria Sylvia Di Pietro, em artigo que trata especificamente da questão atinente à forma de cálculo da garantia adicional. É de particular relevância o trecho reproduzido a seguir do referido artigo (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):

"(...) a interpretação literal do dispositivo, que levaria a calcular o montante da garantia pela diferença entre 70% do menor valor referido nas alíneas "a" e "b" do § 1º e o valor da correspondente proposta, tem de ser afastada, porque levaria ao absurdo. Conhecido é o princípio de hermenêutica segundo o qual devem ser afastadas as interpretações que conduzam ao absurdo.

O valor resultante do parágrafo anterior tanto pode ser um dos indicados nas alíneas "a" e "b", sem aplicação dos 70%, como esses mesmos valores com aplicação dos 70%. Levando-se em conta que o último critério leva ao absurdo, resta o primeiro. Assim sendo, para cálculo do valor da garantia, deve-se calcular a diferença entre o menor valor referido no § 1º e o valor da proposta.

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.

Porém, não se pode deixar de lembrar que o interesse maior da Administração é o de atrair propostas exequíveis. Não adianta atrair grande número de licitantes e acabar por classificar propostas que os interessados não têm condições de cumprir, causando prejuízos maiores para a Administração.

(...)

Para evitar que propostas como essa sejam desclassificadas, diminuindo as chances de escolha da Administração, o legislador optou por aceitá-las, considerando-as exequíveis; porém, para assegurar que realmente o contrato seja levado a bom termo, exigiu garantia maior, além daquela exigida no art. 56. O objetivo foi exatamente este: o de exigir garantia tanto maior quanto menor o valor da proposta, desde que esta seja inferior ao montante considerado aceitável pelo legislador.

(...)

À vista do exposto, a conclusão é no sentido de que a expressão “valor resultante do parágrafo anterior”, constante do art. 48, § 2º, da Lei nº 8.666/93, corresponde ao menor valor referido nas alíneas “a” e “b” do § 1º, sem aplicação do índice de 70% referido nesse dispositivo. ” (grifos acrescidos).

10. Consoante exposto no voto apresentado pelo Ministro Raimundo Carreiro, há três respostas possíveis para a presente consulta, conferindo interpretações distintas para o termo “valor resultante do parágrafo anterior”, constante do §2º do art. 48 da Lei 8.666/1993:

- a) o “valor resultante do parágrafo anterior” seria 70% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48, o que resultaria em uma possível inconsistência matemática, visto que a garantia adicional poderia assumir valores negativos em certas situações;
- b) o menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48, sem a aplicação do índice de 70% mencionado nesse dispositivo, interpretação que se amolda ao entendimento até então adotado pelo TCU (Decisão 1.713/2002-Plenário, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, e Acórdão 2.503/2018-Plenário, relatado pelo Ministro Bruno Dantas); ou
- c) 80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48, que foi a linha de entendimento seguida pelo relator, acompanhando os posicionamentos da unidade técnica e do MP/TCU.

11. Estou plenamente de acordo com o relator de que a interpretação da alínea “a” **supra** deve ser rechaçada de plano.

12. Quanto à segunda possível interpretação (alínea “b”), reconheço a procedência de todos os argumentos expostos pelo relator, em particular quanto à substancial elevação do valor da garantia, o que pode acabar afastando potenciais licitantes, bem como resultar em propostas mais onerosas, já que possivelmente os preços propostos podem incluir contingências para suportar o eventual custo com a obtenção da garantia complementar.

13. Tanto a segunda interpretação quanto a terceira seguem a lógica de que, quanto menor o valor da proposta, maior o risco da sua inexecutabilidade e, por conseguinte, maior deveria ser o valor adicional da garantia. Portanto, o que distingue 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.

14. Nesse sentido, a regra interpretativa exposta na alínea “b” apresenta uma importante singularidade na função matemática do cálculo da garantia complementar, o que a torna desproporcional em certas situações. Para ilustrar tal ocorrência, vou me socorrer do mesmo exemplo matemático utilizado no próprio voto do relator.

- Valor orçado pela Administração: R\$ 100,00
- 50% do valor orçado: R\$ 50,00

- Propostas válidas com valor acima de 50% do valor orçado: R\$ 70,00; R\$ 80,00 e R\$ 90,00.
- Portanto, a média das propostas superiores a 50% do valor orçado é R\$ 80,00.

15. Nos termos do § 1º, será considerada manifestamente inexecutável 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.

16. O Ministro Raimundo Carreio, com a lucidez que lhe é peculiar, prossegue com a sua explicação (grifos acrescentados):

“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 inexecutável 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)

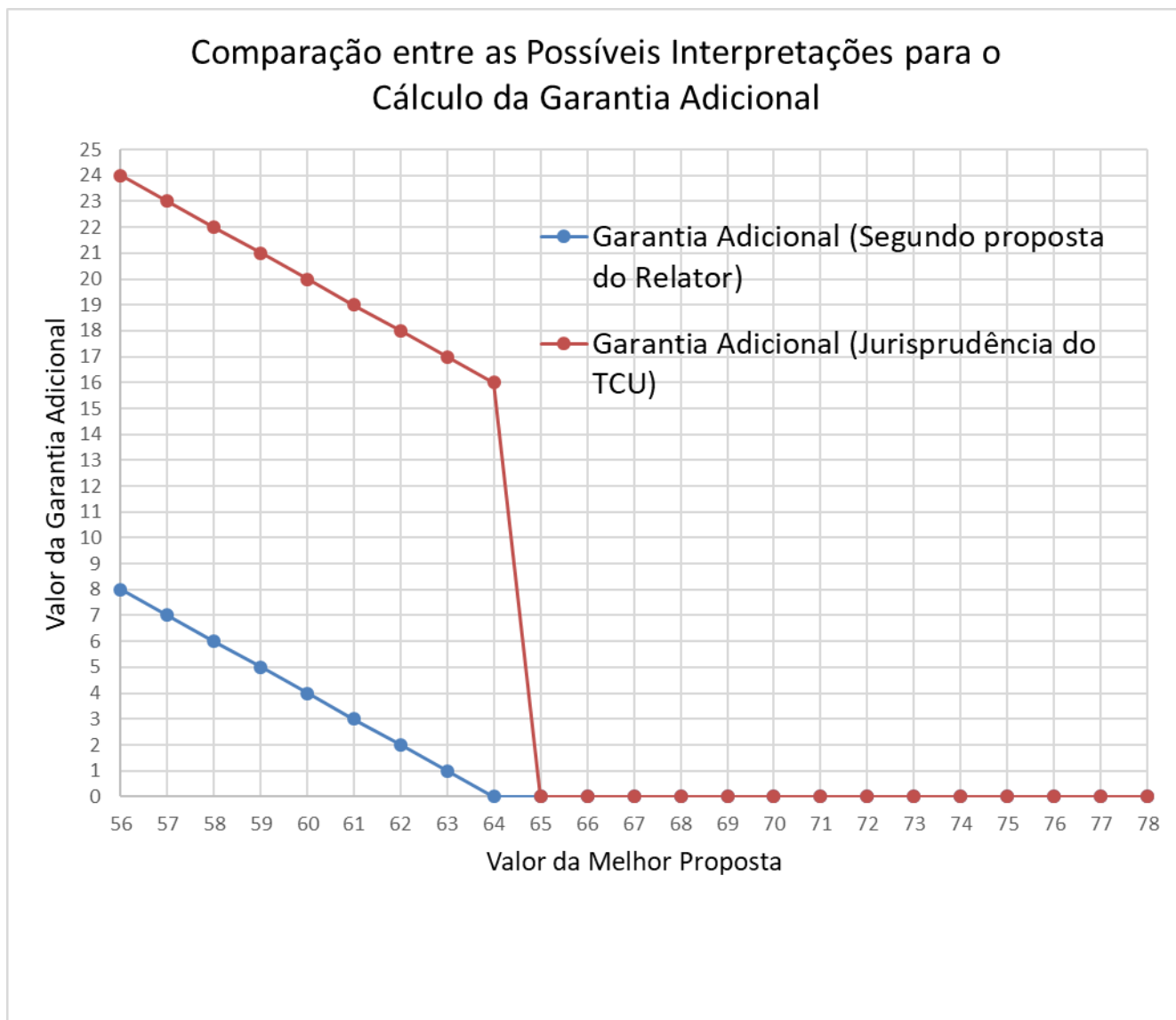
Sabemos que o valor da proposta é 60,00.

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

17. Visando melhor embasar o entendimento da matéria, pedi que minha assessoria preparasse a tabela a seguir, demonstrando o valor da garantia complementar em função do valor da proposta do licitante, segundo cada uma das duas interpretações que ora se discute (alíneas “b” e “c” do décimo parágrafo deste voto). No exemplo apresentado, esclareço que, para fins didáticos, mantive fixados em R\$ 56,00 e R\$ 64,00, respectivamente, os valores relativos aos limites de inexecutabilidade (70% das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 da Lei 8.666/1993) e de exigência de garantia adicional (80% do valor resultante do mesmo dispositivo).

Valor da melhor proposta	Garantia adicional, segundo a interpretação do relator (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 – valor da correspondente proposta)	Garantia adicional, segundo a interpretação adotada pela jurisprudência do TCU (menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 – valor da correspondente proposta)
R\$ 80,00	0	0
R\$ 79,00	0	0
R\$ 78,00	0	0
R\$ 77,00	0	0
R\$ 76,00	0	0
R\$ 75,00	0	0
R\$ 74,00	0	0
R\$ 73,00	0	0
R\$ 72,00	0	0
R\$ 71,00	0	0
R\$ 70,00	0	0
R\$ 69,00	0	0
R\$ 68,00	0	0
R\$ 67,00	0	0
R\$ 66,00	0	0
R\$ 65,00	0	0
R\$ 64,00	0	R\$ 16,00
R\$ 63,00	R\$ 1,00	R\$ 17,00
R\$ 62,00	R\$ 2,00	R\$ 18,00
R\$ 61,00	R\$ 3,00	R\$ 19,00
R\$ 60,00	R\$ 4,00	R\$ 20,00
R\$ 59,00	R\$ 5,00	R\$ 21,00
R\$ 58,00	R\$ 6,00	R\$ 22,00
R\$ 57,00	R\$ 7,00	R\$ 23,00
R\$ 56,00	R\$ 8,00	R\$ 24,00
R\$ 55,00	Inexequível	Inexequível

18. Os resultados demonstrados na tabela acima podem ser mais bem interpretados com o auxílio do seguinte gráfico:



19. Como se observa no gráfico acima, a interpretação que vem sendo aplicada pelo TCU para o valor da garantia adicional resulta em montante sempre superior de garantia ao que seria calculado segundo a regra ora propugnada pelo relator. Tal conclusão não é necessariamente negativa ou positiva para a Administração, visto que a maior segurança contratual proporcionada por uma garantia mais elevada é contrabalanceada pelo maior custo do particular para a apresentação da garantia, custo este que será repassado ao Poder Público contratante.

20. Assiste razão à unidade técnica ao apontar que a interpretação até então adotada “*gera certa desproporcionalidade entre os juízos de risco adotados para propostas com valores imediatamente inferiores e superiores ao limite de 80% citado*”. Tal conclusão fica evidente com a descontinuidade existente no gráfico acima exatamente no limite de 80% dos menores valores das alíneas “a” e “b” (64 unidades, no exemplo apresentado). Como bem observou a unidade técnica, “*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%*”.

21. A principal questão posta é exatamente essa grande discrepância de valores. Enquanto a garantia do art. 56 tem como teto limites que variam de 5% a 10% do valor do contrato, a garantia adicional pode variar, segundo o exemplo apresentado, de 25% a 42,9% do valor do contrato (R\$

16,00/R\$ 64,00 e R\$ 24,00/R\$ 56,00). Isso se não for considerado o entendimento da Súmula 262 do TCU, segundo a qual “o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta.”

22. Nas simulações realizadas por minha assessoria, cujo resultado é sintetizado na tabela e gráfico já apresentados, não foram consideradas propostas abaixo de R\$ 56,00, que seria o patamar relativo de inexequibilidade previsto na Lei de Licitações e Contratos. Em um cenário no qual a Súmula 262 foi aplicada, digamos, resultando em uma proposta de R\$ 30,00, o valor da garantia adicional seria de R\$ 50,00, o que representaria 166,7% do valor do contrato.

23. Então, a segunda interpretação, que foi adotada em alguns precedentes apreciados por esta Corte de Contas, 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. Em determinadas situações, a aplicação da interpretação literal do termo “o valor resultante do parágrafo anterior” pode produzir resultados absurdos, superando inclusive o valor de todo o contrato, conforme procurei demonstrar no exemplo entabulado acima.

24. Portanto, revendo o meu posicionamento preliminar da matéria, concluo que a proposta apresentada pelo relator é a que melhor se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

25. Destaco, por fim, que a futura Lei de Licitações e Contratos, com a redação aprovada pelo Senado Federal no dia 10/12/2020 (Projeto de Lei nº 4.253/2020), apresentou as seguintes disposições sobre a exequibilidade das propostas e a exigência de garantia adicional:

“DO JULGAMENTO

Art. 58. Serão desclassificadas as propostas que:

(...)

III – apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

IV – não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigida pela Administração;

(...)

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do caput deste artigo.

§ 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.

§ 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.

§ 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 esse último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei.”

26. Com efeito, a futura Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta regra sobre a exigência de garantia adicional com metodologia de cálculo análoga ao entendimento ora defendido pelo relator. Há tão somente mudança no patamar a partir do qual a exigência torna-se obrigatória, com a elevação do percentual de 80% para 85%, bem como a supressão da média das propostas das licitantes como critério de cálculo. Em licitações de obras públicas, a partir da edição da nova lei, o único parâmetro a ser observado para a análise de exequibilidade será o valor orçado pela Administração.

27. Portanto, concluo que esta Corte de Contas deve evoluir em sua interpretação, não apenas em sinal de prestígio à nova regra aprovada pelo Congresso Nacional, mas também para manter a proporcionalidade do valor da garantia adicional, em coerência com todo o disposto no art. 48 da Lei 8.666/1993.

28. Nos termos do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “*não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão*”, de forma que a melhor interpretação da lei deve buscar resultados pragmáticos que, a um só tempo, criem mecanismos de proteção das contratações feitas pela Administração Pública, por meio da redução de riscos, mas também viabilizem a participação dos licitantes, afastando, assim, acepções que impliquem a imposição de significativos obstáculos e custos aos licitantes.

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, inexecutável, 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 executável, 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 executável 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.

30. Dessa forma, a garantia adicional, para que se mantenha a mesma lógica do citado art. 48 e também a razoabilidade do 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.

Diante do exposto, voto acompanhando integralmente a proposta ora submetida pelo ministro-relator.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 3 de fevereiro de 2021.

BENJAMIN ZYMLER
Revisor

GRUPO I – CLASSE III – Plenário
TC039.025/2019-5
Natureza: Consulta
Órgão: Tribunal Regional Federal da 1ª Região
Representação legal: não há

SUMÁRIO: CONSULTA FORMULADA PELA PRESIDÊNCIA DO TRF-1 ACERCA DA POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE FÓRMULA QUE ESTABELEÇA O CÁLCULO DO VALOR DA GARANTIA ADICIONAL DISPOSTA NO §2º DO ART. 48 DA LEI Nº 8.666/1993 COMO SENDO A DIFERENÇA ENTRE O VALOR DA PROPOSTA E O CORRESPONDENTE A 80% DO MENOR VALOR A QUE SE REFEREM AS ALÍNEAS "A" E "B" DO §1º DESSE MESMO ARTIGO. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Tribunal não conhecerá de consulta que não atenda aos requisitos do artigo 264 de seu Regimento Interno, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao consulente.

Declaração de Voto

Trata-se de consulta formulada pelo então presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região acerca da possibilidade de adoção de fórmula que estabeleça o cálculo do valor da garantia adicional disposta no § 2º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993 como sendo a diferença entre o valor da proposta e o correspondente a 80% do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b" do § 1º desse mesmo artigo.

2. Após brilhantes e minuciosas análises do relator, ministro Raimundo Carreiro e revisor, ministro Benjamin Zymler, o processo culmina, como não poderia deixar de ser, com a convergência de ambos para encaminhamento unânime.

3. No mérito, impecável a proposta de resposta ao consulente e, mais impecável ainda, os fundamentos que lhe dão suporte.

4. Trago aos meus pares, contudo, uma reflexão central, de natureza procedimental e processual intrínseca ao caráter normativo da consulta, nos termos do art. 1º, inciso XVII e § 2º da Lei 8443/1992, mas com grandes repercussões práticas, dada a natureza peculiar derivada do exercício do mandato consultivo dada a esta Corte de Contas por sua Lei Orgânica.

5. Inicialmente, a SeinfraRodoviaAviação, unidade responsável pela instrução processual, pondera que, apesar de o presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região não constar do rol de autoridades legitimadas para formularem pedido de consulta listadas no do art. 264 do RI/TCU, há precedentes¹ nos quais foi admitida a consulta por parte da presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e arremata:

“15. Ademais, verificando-se que os outros requisitos de admissibilidade presentes no §1º do art. 264 e art. 265 do Regimento Interno do TCU, foram devidamente preenchidos pelo consulente, como o questionamento em tese, sobre matéria de competência do Tribunal e formulado de forma articulada e precisa, bem como dada a relevância do assunto em discussão pela consulta, pode o pedido ser conhecido e atendido.” (destaquei)

¹ Acórdão 711/2003-TCU-Plenário e Decisão 504/2001-TCU-Plenário.

6. Na mesma linha argumentativa, seguem relator e revisor.

“[voto]

No tocante à admissibilidade da presente consulta, estou de acordo com a análise empreendida pela SeinfraRodoviaAviação, no sentido de que, embora o consulente não figura no rol de legitimados a formular consulta ao TCU, estabelecido pelo art. 264 do Regimento Interno, há precedentes desta Corte que, em face da relevância da matéria, conheceram da consulta, a exemplo do Acórdão 711/2003-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Humberto Souto, e da Decisão 504/2001-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Marcos Vileça, nos quais foi admitida a consulta por parte da Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Desse modo, conheço da presente consulta.”

“[voto revisor]

3. Preliminarmente, em face da relevância da presente matéria, acompanho o relator, o eminente Ministro Raimundo Carreiro, para que o TCU conheça da presente consulta em caráter excepcional, dado que o consulente não está no rol de autoridades legitimadas a formular consultas ao Tribunal.”

7. Pugno pelo não conhecimento da consulta.

II

8. Inquestionável o prestígio da autoridade consulente e a relevância da matéria.

9. Inobstante isso, o art. 265 não deixa margem para que se conheça de consulta formulada por quem não integre o rol de autoridades informado no art. 264 do RI/TCU.

“Art. 265. O relator ou o Tribunal não conhecerá de consulta que não atenda aos requisitos do artigo anterior ou verse apenas sobre caso concreto, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao consulente.” (destaquei)

10. Deliberar em caráter normativo é competência ímpar e de grande potência regulatória conferida por lei ao TCU. Não por outra razão, a decisão em “abstrato”, exige quórum de deliberação qualificado de sete ministros ou ministros-substitutos convocados, conforme expressa previsão regimental.

11. Do ponto de vista fático, contudo, há de se reconhecer que, cotidianamente, os presidentes dos tribunais regionais, seja na Justiça Federal, seja na Justiça do Trabalho, seja na Justiça Eleitoral, lidam muito mais amiúde com questões administrativas do que os presidentes dos tribunais superiores, estes, sim, legitimados a formularem consultas a esta Corte, conforme consignado no art. 264, V, do RI/TCU.

12. Nesse sentido, considerando o advento do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho de Justiça Federal, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e do Conselho Superior do Ministério Público, que são instâncias de controle e também de coordenação, especulo se não seria mais produtivo alterar nosso regimento interno a fim de conferir aos seus presidentes legitimidade ativa para formular consultas, uma vez que esses órgão expedem diretrizes e orientações de natureza administrativa para o todo o Poder Judiciário e para o Ministério Público, conforme o caso.

Diante do exposto, sem divergir do mérito das análises empreendidas, voto pela proposta de acórdão que ora submeto:

“9.1. não conhecer da presente consulta;

9.2. dar conhecimento do inteiro teor desta deliberação:

9.2.1. à Presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao Conselho da Justiça Federal e ao Conselho Nacional de Justiça;



9.2.2. à Comissão de Regimento do Tribunal de Contas da União para que avalie a alteração do art. 264, V do RI/TCU;

9.3. arquivar os presentes autos.”

TCU, Sala das Sessões, em 3 de fevereiro de 2021.

WEDER DE OLIVEIRA

Ministro-Substituto

ACÓRDÃO Nº 169/2021 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 039.025/2019-5.
2. Grupo I – Classe de Assunto: III – Consulta.
3. Interessados/Responsáveis: não há.
4. Órgão: Tribunal Regional Federal da 1ª Região.
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
- 5.1. Revisor: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRod).
8. Representação legal: não há

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de consulta formulada pelo então Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, no exercício da presidência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no § 1º do art. 264 e art. 265 do Regimento Interno do TCU e ainda nos termos dos precedentes firmados pelo TCU no Acórdão 711/2003–Plenário, de relatoria do Ministro Humberto Souto, e na Decisão 504/2001–Plenário, de relatoria do Ministro Marcos Vilaça, conhecer da presente consulta;

9.2. nos termos do art. 1º, inciso XVII, da Lei 8.443/1992, responder ao consulente que, à luz das interpretações lógica e sistemática realizadas sobre o texto do § 2º do art. 48 da Lei de Licitações, Lei 8.666/1993, o cálculo da garantia adicional disciplinada nesse parágrafo que mais se amolda à finalidade da licitação de atender ao interesse público na busca da proposta mais vantajosa é a seguinte: Garantia Adicional = (80% do menor dos valores das alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48) – (valor da correspondente proposta);

9.3. encaminhar cópia do inteiro teor desta deliberação à Secretaria-Geral da Presidência, inclusive relatório, parecer do Ministério Público, voto, voto revisor concordante do Ministro Benjamin Zymler e acórdão, a fim de que adote as providências necessárias para atualizar a publicação do TCU, “Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU”, atualmente em sua 4ª edição, a fim de incorporar o entendimento expresso nesta assentada;

9.4. dar ciência do inteiro teor desta deliberação ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, inclusive relatório, parecer do Ministério Público, voto, voto revisor concordante do Ministro Benjamin Zymler e acórdão;

9.5. dar ciência da deliberação na forma mencionada no item anterior ao ex-Presidente consulente e atual Ministro do Supremo Tribunal Federal.

10. Ata nº 3/2021 – Plenário.
11. Data da Sessão: 3/2/2021 – Telepresencial.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0169-03/21-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Ana Arraes (Presidente), Benjamin Zymler (Revisor), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti, Marcos Bemquerer Costa e Weder de Oliveira.

13.3. Ministro-Substituto convocado com voto vencido: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral