



Parecer Técnico Jurídico:

Parecer Técnico Jurídico referencial sobre Recurso Administrativo em Licitação. Tomada de Preços que visou a seleção de proposta mais vantajosa à administração. Edital que observou integralmente as exigências legais para habilitação preliminar. Alegação de inexecuibilidade de preço que não se sustenta. Julgamento da Comissão Permanente de Licitação que, acertadamente, conheceu dos recursos e negou-lhes provimento. Parecer que opina pela homologação e adjudicação do objeto da TP nº 02/2021.

I - RELATÓRIO

O presente *Parecer Técnico Jurídico* tem por objetivo expor as recomendações utilizadas no âmbito da administração pública, sobre o tema "inexecuibilidade de preços" no âmbito das contratações públicas precedidas de licitação.

Inicialmente, ressalte-se que, de acordo com o artigo 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, as minutas de editais, bem como as dos contratos, acordos, convênios e outros ajustes devem ser previamente submetidas ao crivo da consultoria jurídica da Administração. Busca-se, assim, conferir higidez jurídica às licitações e às contratações públicas.

Todavia, o parecer do órgão técnico administrativo constitui ato meramente opinativo, de modo que não vincula decisão administrativa a ser proferida de maneira fundamentada dentro dos procedimentos públicos, estando ao critério do gestor a livre apreciação dos fatos e fundamentos jurídicos de maneira sempre a sopesar o interesse público.

II – SÍNTESE DOS FATOS

Trata-se de procedimento licitatório na modalidade Tomada de Preços nº 01/2021, iniciada pela Prefeitura Municipal de Icém, objetivando a "contratação de empresa especializada na prestação de serviços de roçada, capinação, limpeza geral e demais serviços correlatos diários, com fornecimento de pessoal, material e equipamentos necessários em ruas, avenidas, terrenos baldios, praças, trevos, prédios públicos e áreas cedidas por furnas neste Município".



PREFEITURA MUNICIPAL DE ICÉM

ESTADO DE SÃO PAULO
CNPJ: 45.726.742/0001-37



Regularmente publicado o Edital e designado a sessão para recebimento dos envelopes contendo a documentação para habilitação dos interessados e propostas, verificou-se a empresa **R. AMADEU LIMPEZAS, CONSTRUÇÕES E TERRAPLANAGEM EPP**, ofereceu a melhor proposta no valor mensal de R\$ 46.279,75 (quarenta e seis mil, duzentos e setenta e nove reais e setenta e cinco centavos).

Após, a empresa **MATOS FERREIRA CONSTRUÇÕES LTDA**, apresentou Recurso Administrativo, sustentando, em tese, a desclassificação da proposta financeira apresentada pela empresa **R. AMADEU LIMPEZAS, CONSTRUÇÕES E TERRAPLANAGEM EPP**, arguindo que os preços apresentados se mostraram de forma inexequíveis aos custos da contratação.

A empresa **JN EMPREENDIMENTOS, TERCEIRIZAÇÃO E GESTÃO DE NEGÓCIOS EIRELI**, também ofertou Recurso Administrativo com idêntico fundamento, visando a desclassificação das propostas vencedoras com amparo no art. 48, II da Lei 8.66/93.

Instada a apresentar contra razões recursais, a empresa **MATOS FERREIRA CONSTRUÇÕES LTDA**, aduziu que o recurso da empresa **JN EMPREENDIMENTOS, TERCEIRIZAÇÃO E GESTÃO DE NEGÓCIOS EIRELI**, não se sustenta, em relação ao quanto impugnado da sua proposta apresentada, a qual, segundo a impugnada, observou todos os critérios técnicos e legais para sua apresentação.

Também instada a manifestar a empresa **R. AMADEU LIMPEZAS, CONSTRUÇÕES E TERRAPLANAGEM EPP**, aduziu que seu preço encontra-se dentro dos padrões legais de exequibilidade; que a empresa comprovou liquidez em seu balanço patrimonial e que as planilhas de custos apresentadas pelas recorrentes não servem de subsídio para sua empresa, posto que o seu enquadramento tributário no simples nacional prevê alíquotas menores do que as apresentadas, pugnano, assim, pelo improvimento dos recursos.

Esgotado os prazos recursais e impugnações, designou-se sessão de julgamento dos recursos administrativos apresentados, tendo sido os mesmos improvidos por decisão unânime da Comissão Permanente de Licitação, que acolheu a melhor proposta ofertada pela empresa **R. AMADEU LIMPEZAS, CONSTRUÇÕES E TERRAPLANAGEM EPP**, considerando-a válida, legal e exequível dentro dos critérios estabelecidos pela Lei e pelo instrumento convocatório, entendendo que aludida empresa demonstrou que seu preço não é deficitário, tendo, inclusive, comprovado margem de lucratividade e hígidez para quitação de todos os encargos e tributos, além de firmar compromisso de apresentar mensalmente toda documentação comprobatória atinente aos compromissos do objeto licitado e ofertado caução como garantia para execução do contrato.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ICÉM

ESTADO DE SÃO PAULO
CNPJ: 45.726.742/0001-37



Após julgamento, vieram os autos concluso ao Departamento Jurídico desta Prefeitura Municipal, para emissão do prévio parecer. É o relatório.

III – MÉRITO

A inexecuibilidade de preços nas licitações públicas implica na possibilidade de desclassificação de uma proposta cujo preço é manifestamente insuficiente para cobrir os custos de produção, portanto sem condições de ser cumprida. Ou ainda, diante do altíssimo risco de deprender-se tempo e recursos públicos, adjudicando o objeto do certame àquela proponente sem, no fim, obter o resultado almejado.

O respeitado *Prof. Jesse Torres* assim assevera sobre o preço inexecuível, ou inviável, como prefere denominar:

Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegitimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. (PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 557-558).

Para *Hely Lopes Meireles*, evidencia-se a inexecuibilidade de preços nas seguintes situações:

[...] A inexecuibilidade se evidencia nos preços zero, simbólicos ou excessivamente baixos, nos prazos impraticáveis de entrega e nas condições irrealizáveis de execução diante da realidade do mercado, da situação efetiva do proponente e de outros fatores, preexistentes ou supervenientes, verificados pela Administração. (MEIRELES, 2010, p. 202).

Conforme já referido no capítulo anterior, a Administração, ao julgar as propostas, analisa os preços tendo como parâmetro o valor estimado. A proposta vencedora deverá atender às exigências do edital e ofertar o menor preço para que seja consagrada vencedora do



PREFEITURA MUNICIPAL DE ICÉM

ESTADO DE SÃO PAULO
CNPJ: 45.726.742/0001-37



certame. O preço não deverá ser inexequível, sob pena de desclassificação, conforme estabelece o artigo 48, II da Lei nº 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

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.

Note-se que a desclassificação por inexequibilidade *não se dará de forma sumária*, em todos os casos será oportunizado ao licitante à comprovação da exequibilidade do preço ofertado, considerando aquele praticado no mercado.

O parágrafo 1º, desse artigo 48, estabelece parâmetros para que a autoridade contratante se aproxime dos critérios objetivos de julgamento ao analisar a exequibilidade da proposta, ao passo que permite uma maior transparência no julgamento do preço ofertado:

§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.

Portanto, determina o texto da lei, que serão consideradas manifestamente inexequíveis, **propostas inferiores a 70% do valor orçado pela administração, ou inferiores à média estabelecida entre às propostas ofertadas no certame que sejam superiores em 50% do valor orçado.**

O entendimento do **Superior Tribunal de Justiça** é no sentido de que a interpretação do dispositivo não seja rígida, literal e absoluta. A presunção de inexequibilidade,



PREFEITURA MUNICIPAL DE ICÉM

ESTADO DE SÃO PAULO
CNPJ: 45.726.742/0001-37



também para a jurisprudência, deve ser relativa, oportunizando ao licitante à demonstração de exequibilidade da proposta.

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. [...] a vencedora do certame “demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade”. [...] **(STJ – REsp: 965839 SP 2007/0152265-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010).**

No mesmo sentido vem a pacificada posição do Tribunal de Contas da União, como se verifica, por exemplo:

O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. **(Acórdão 587/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes).**

Corroborando deste entendimento o renomado doutrinador *Marçal Justen Filho*:



PREFEITURA MUNICIPAL DE ICÉM

ESTADO DE SÃO PAULO
CNPJ: 45.726.742/0001-37



Como é vedada licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas. Tem de reputar-se, também por isso, que o licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º disporá da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexecuível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto (**JUSTEN FILHO, 2010, p. 609**).

Portanto, a legislação estabelece parâmetros de inexecuibilidade dos preços, devendo ser oportunizado ao licitante a oportunidade de comprovação da exequibilidade da proposta.

Trata-se, ainda, de assegurar o cumprimento do interesse público com economia de recursos. Uma vez que o equívoco pode não ser na proposta baixa do licitante, mas, sim, na estimativa elaborada pela Administração.

A qualidade do valor orçado pela Administração é questão de destacada pelo notável Prof. Carlos Motta, para a aferição da proposta apresentada na licitação:

Destarte, e em resumo, o critério descrito no art. 48, notadamente, no § 1º, almeja aferir parâmetros de concretude, seriedade e firmeza da proposta. A consecução desse objetivo dependerá certamente da fidedignidade do valor orçado pela Administração, base de todo o cálculo.

O artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93 dispõe ainda sobre o critério de aceitabilidade dos preços. O dispositivo veda a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação aos preços de referência.

Desse modo, o legislador intenciona evitar o preço-base, banir o piso eliminatório, ou seja, impedir que os editais prevejam um valor mínimo abaixo do qual as propostas sejam automaticamente desclassificadas.

A Lei nº 9.648/98 (que alterou a Lei nº 8.666/93) foi a responsável pela adoção desse critério e também dos critérios de inexecuibilidade introduzidos ao artigo 48 nos parágrafos 1º e 2º transcritos acima, que, como visto, referem o limite de preço a partir do qual haverá a presunção de inexecuibilidade da proposta, implicando na necessidade de o proponente demonstrar a viabilidade do preço ofertado.

Por outro giro, a decretação da inexecuibilidade de uma proposta no processo licitatório pode trazer igualmente prejuízos significativos aos cofres públicos, e diante da impossibilidade



PREFEITURA MUNICIPAL DE ICÉM

ESTADO DE SÃO PAULO
CNPJ: 45.726.742/0001-37



de o Estado eliminar propostas vantajosas para os interesses sob sua tutela, o ato de desclassificação sob este fundamento é manifestamente ilegal.

Sabe-se que o Estado é mero detentor do interesse público, que deve atuar na defesa dos interesses de terceiros. Partindo desta premissa, é ilegal e inconstitucional a desclassificação de proposta que mostre-se economicamente vantajosa no cumprimento do interesse público, principalmente quando passível prova da exequibilidade.

No entendimento do **Tribunal de Contas da União**, a exclusão do certame de proposta passível de demonstração de exequibilidade constitui falta grave, visto que os fatores externos que oneram a produção incidem de maneira diferente sob cada empresa, a depender da situação empresarial, facilidades ou dificuldades que permeiam nas negociações.

Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexequibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), *o juízo de inexequibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque não se pode descartar a possibilidade de que o licitante seja detentor de uma situação peculiar que lhe permita ofertar preço inferior ao limite de exequibilidade estimado pelo contratante. Por exemplo, é perfeitamente possível que uma empresa, em especial de maior porte, partilhe custos – como infraestrutura, pessoal etc., entre os diversos clientes, resultando em redução nos preços de seus serviços. Também não se pode descartar que, muitas vezes, a estimação da exequibilidade pelo contratante possa apresentar deficiências, visto que sua visão de mercado não tem abrangência e precisão comparáveis às da empresa que atua no ramo.* Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, conseqüentemente, uma proposta mais vantajosa. (Acórdão 1.248/2009 Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Como visto, tanto o legislador quanto o Tribunal de Contas da União, sabiamente, manifestaram-se no sentido de evitar a desclassificação sumária das propostas sem a oportunidade de comprovação de exequibilidade do valor ofertado.



PREFEITURA MUNICIPAL DE ICÉM

ESTADO DE SÃO PAULO
CNPJ: 45.726.742/0001-37



Isso porque, é inegável que existe uma grande dificuldade na identificação do patamar mínimo de exequibilidade. A Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular ou sobre suas possibilidades de executar o contrato.

Têm-se, portanto, a questão da variação dos custos, motivo pelo qual o Poder Judiciário e os tribunais de contas veem o tema inexecuibilidade como uma questão relativa, trata-se da relatividade dos diferentes fatores econômicos, dos agentes atuantes sobre uma mesma atividade, o que impossibilita a determinação de uma regra padrão.

No que se refere aos custos com insumos ou estrutura operacional, uma proposta pode perfeitamente ser exequível para uma empresa e não ser para outra.

Sendo assim, a análise da inexecuibilidade das propostas com base apenas nas condicionantes e percentuais expressos em lei mostra-se totalmente insuficiente, visto a relatividade como o tema já é pacificamente tratado, utilizar como parâmetro somente práticas usuais de mercado, exclui os demais fatores incidentes sob a atividade empresária.

A doutrina aponta ainda uma série de argumentos que se opõem a desclassificação de propostas no processo licitatório com base na constatação equivocada da inexecuibilidade do preço.

O primeiro deles reside na declaração de inconstitucionalidade, visto que à Constituição Federal não pode vedar a benemerência em favor do Estado, pois se um particular tiver a intenção de auxiliar à Administração na persecução do interesse público, cobrando para tanto um valor irrisório ou zero pelos seus serviços o dever de negar à proposta é inconstitucional (**JUSTEN FILHO, 2010, p. 654-655**).

Outra questão é a responsabilidade do licitante pela proposta que ofertar ao poder público, se ela envolve riscos econômicos e ainda assim o proponente quiser aventurar-se, não haverá transferência desse risco ao Poder Público, que poderá tão somente executar a garantia, rescindir o contrato e aplicar as penalidades cabíveis.

O Estado deve, ainda, executar a garantia adicional, prevista no § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, para compensar prejuízos sofridos com a inadimplência do contratado.

E finalmente, a violação da liberdade concorrencial, sob a máxima de que não cabe à Administração a fiscalização do lucro do empresário, mas tão somente a exigência de comprovação da capacidade de execução do contrato.

No presente caso, tem-se que a empresa recorrida foi oportunizado vista para manifestar-se no sentido de demonstrar a exequibilidade dos preços apresentados em sua proposta



PREFEITURA MUNICIPAL DE ICÉM

ESTADO DE SÃO PAULO

CNPJ: 45.726.742/0001-37



financeira, no que a mesma se incumbiu de comprovar, apresentando planilhas e documentos que atestam a sua hígidez financeira e possibilidade real de cumprimento com os dispositivos contratuais nos termos do objeto licitado.

IV – CONCLUSÃO

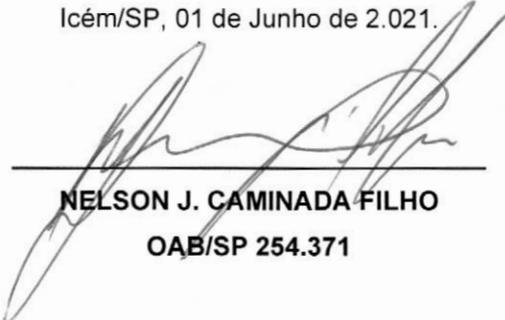
Em face do exposto, conclui-se que o problema mais grave atinente à disciplina da inexequibilidade de preços, reside na ausência de segurança e previsibilidade, o que, efetivamente, não é o caso dos autos.

Saliente-se que, *in casu*, a administração acatou-se de todas as garantias legais necessárias de modo a selecionar a proposta mais vantajosa de modo a resguardar o interesse público e o princípio da melhor economicidade como norte dos procedimentos licitatórios.

Consta nos autos, comprovação fidedigna de que a empresa detentora da melhor oferta possui amplas condições para execução do contrato nos limites da sua adjudicação, razão pela qual, **o presente parecer técnico jurídico opina pelo acolhimento integral da decisão unânime da comissão permanente de licitações** que julgou válida a proposta ofertada pela empresa **R. AMADEU LIMPEZAS, CONTRUÇÕES E TERRAPLANEGM EPP**, para o fim de conhecer dos recursos administrativos ante a verificação dos requisitos de admissibilidade e, no mérito, negou-lhes provimentos ante a ausência de fundamentação legal para acolhimento dos pedidos.

Salvo melhor juízo, é o parecer.

Icém/SP, 01 de Junho de 2.021.



NELSON J. CAMINADA FILHO

OAB/SP 254.371