

Cunha, 02 de setembro de 2022.

Processo de Licitação nº 153/2022

Pregão Presencial nº 079/2022

## I – DOS FATOS

Trata-se de consulta jurídica formulada pela Comissão Permanente de Licitações acerca do recurso interposto pela empresa MARCOS PAULO DE OLIVEIRA - 13334104761, por meio de seu representante legal, em face do Processo Licitatório – Pregão Presencial 079/2022.

A empresa recorrente alega que o valor ofertado pela empresa vencedora não é capaz de cobrir os custos para a realização do evento.

A referida peça de descontentamento veio desacompanhada de qualquer documentação para embasar o pedido, sendo apenas discorrido longamente sobre posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Era síntese do necessário.

## II – DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente, cumpre destacar que compete a essa procuradoria, única e exclusivamente, prestar consultoria, **sendo este parecer meramente opinativo, sob o prisma estritamente jurídico**, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos a conveniência e oportunidade da prática dos atos administrativos, que estão

Thiago B. Franca  
OAB/SP 195.265  
Procurador Municipal

reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira, salvo hipóteses teratológicas.

Isto posto, passemos a análise necessária.

O procedimento licitatório dá-se em razão da Administração Pública procurar a proposta mais vantajosa para um contrato de seu interesse, seja para compra de algum produto, seja para a realização de uma obra ou a prestação de um serviço.

Além da Lei das Licitações estabelecer as normas para o procedimento licitatório, o próprio edital de licitação estabelece regras necessárias ao objeto licitado.

Ocorre, porém, que nem todos têm condições de contratar com a Administração Pública, pois é necessário que o futuro contratante, além de oferecer a proposta mais vantajosa, também tenha idoneidade e capacidade para cumprir com as suas obrigações.

O art. 48, inciso II da Lei 8.666/93, descreve que as 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.

Dito isto, e em análise ao caso em tela, 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 as negociações.

**“18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não  
foi dada ao licitante desclassificado por**

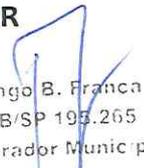
Thiago B. Franca  
OAB/SP 195.265  
Procurador Municipal

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. 19. 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).”

Nesse contexto, a grande maioria dos doutrinadores, a respeito do tema, apontam uma série de argumentos que se opõem a desclassificação de propostas no processo licitatório com base na constatação equivocada da inexequibilidade do preço.

Neste sentido, nos reportamos aos entendimentos jurisprudenciais, vejamos:

**MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO.  
LICITAÇÃO, NA MODALIDADE CONCORRÊNCIA. MENOR**

  
Thingo B. Franca  
OAB/SP 195.265  
Procurador Municipal

PREÇO GLOBAL. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO de SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO DE EDIFICAÇÕES PÚBLICAS. LICITANTE QUE APRESENTA PROPOSTA INFERIOR AO VALOR MÍNIMO ESTIPULADO PELO EDITAL. MANDAMUS QUE IMPUGNA ATO ADMINISTRATIVO QUE OPORTUNIZOU À LICITANTE A DEMONSTRAÇÃO DE EXIQUIBILIDADE DA PROPOSTA, COMO CONDIÇÃO PARA SUA DECLARAÇÃO COMO VENCEDORA DO OBJETO LICITADO. POSSIBILIDADE. exegese dos ARTS 48, §§ 1º E 2º E 43, § 3º, DA LEI N. 8.666/93. precedentes. "A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecuibilidade 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 inexecuibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecuibilidade 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." (REsp 965.839/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010) (TJSC, Mandado de Segurança n. 4002466-89.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 14-05-2019). SEGURANÇA DENEGADA. (TJ-SC - MS: 50056743020208240000 TJSC 5005674-

**30.2020.8.24.0000, Relator: VERA LÚCIA FERREIRA  
COPETTI, Data de Julgamento: 03/09/2020, 4ª Câmara de  
Direito Público)**

Conforme exposto, a inexecuibilidade não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida, devendo ser avaliada, por meio de demonstração que o proponente poderá executá-la.

Importante ressaltar que, o vencedor, encaminhou e-mail, o qual veio acompanhada de planilha, a qual comprova a sua exequibilidade, inclusive com auferimento de lucro.

Outra questão é a responsabilidade do licitante pela proposta que ofertar ao Poder Público, no caso dela envolver 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, conforme exposto em legislação, no contrato e minuta contratual, do qual se está sujeita a empresa vencedora do certame.

E também, 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.

Assim, é de se afastar a alegação de inexecuibilidade, quando o licitante consegue comprovar que cumprirá com o contratado, principalmente por apresentar durante a fase de habilitação do certame os atestados de capacidade técnica que comprovam que o licitante já executou serviços semelhantes ao objeto do certame.

Entendemos assim que, eventual diferença de preços em relação ao estabelecido, não tem o condão de afastar de imediato a proposta mais vantajosa. Comentando o §1º do artigo 48 da lei 8666/93, Marçal Justen Filho entende que:

**“..a disciplina do § 1º torna a questão da exequibilidade  
sujeita a variáveis totalmente incontroláveis, aleatórias**

Thiago B. Franca  
OAB/SP 105.265  
Procurador Municipal

e circunstanciais.". Adiante, o autor afirma que "as regras contidas no § 1º autorizam mera presunção relativa de inexequibilidade. Essa é a única interpretação cabível, sob pena de reintroduzir-se, disfarçadamente, a licitação de preço-base."

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é também no sentido de que a interpretação do dispositivo não seja rígida, literal e absoluta. A presunção de inexequibilidade, também para a jurisprudência, deve ser relativa, oportunizando ao licitante a demonstração de exequibilidade da proposta, vejamos:

**“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. Nas palavras de Marçal Justen Filho, "como é vedado 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 inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 610). (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:

**“O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da lei 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar a licitante a oportunidade de**

**demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Acórdão 587/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes) ”**

Diante disso, independentemente dos critérios adotados, sejam estes aritméticos ou mercadológicos, conferidos por força de lei, não é permitido à Administração que se abstenha de escolher a propostas mais vantajosa para o ente público, sob alegação não comprovada de inexequibilidade, esclarecendo que a impugnação ofertada veio DESACOMPANHADA de qualquer documentação que comprovasse a inviabilidade de realização do objeto licitado.

### **III – DO PARECER**

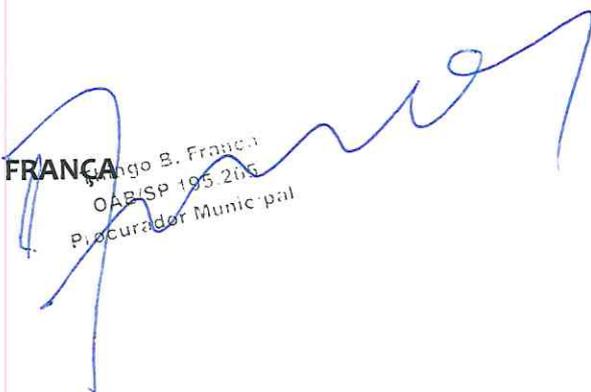
Diante de todo o exposto, opina esta Procuradoria pelo conhecimento do recurso interposto pela empresa MARCOS PAULO DE OLIVEIRA NASCIMENTO, e no mérito pelo **NÃO PROVIMENTO**, encaminhando à Comissão Permanente de Licitações para as devidas providências.

Este é o parecer, salvo melhor juízo.

Cunha, 02 de setembro de 2022.

**THIAGO BERNARDES FRANÇA**

**OAB/SP 195.265**



Thiago B. França  
OAB/SP 195.265  
Procurador Municipal