

ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

CONSULTORIA JURÍDICA

Tipo de Ato:	PARECER JURÍDICO N.º 112-2021- AJ - MFA
Objeto:	PREGÃO PRESENCIAL N. 022/2021 – PROCESSO LICITATÓRIO N. 061-2021
Data da Emissão:	04/11/2021de
Emissor:	DR. MARCELO FELIZ ARTILHEIRO.

RECORRENTE: SC GEOMÁTICA

RECORRIDO: PREGOEIRA

INTERESSADO: PATUSSI – SOLUÇÕES EM GEOGRAFIA, TOPOGRAFIA E ENGENHARIA LTDA

Trata-se de recurso interposto pela Empresa **SC GEOMÁTICA** contra a decisão da Sra. Pregoeira, que, após a fase de lances e verificação da documentação de habilitação declarou a recorrente **VENCEDORA DO CERTAMA** a empresa **PATUSSI – SOLUÇÕES EM GEOGRAFIA, TOPOGRAFIA E ENGENHARIA LTDA**.

Insatisfeita, a recorrente interpôs recurso alegando em apertada síntese que as propostas oferecidas pelas Empresas **PATUSSI – SOLUÇÕES EM GEOGRAFIA, TOPOGRAFIA E ENGENHARIA LTDA** e **SOLO TOPOGRAFIA E GEORREFERENCIAMENTO** são inexequíveis.

Em contrarrazões empresa **PATUSSI – SOLUÇÕES EM GEOGRAFIA, TOPOGRAFIA E ENGENHARIA LTDA**., alegou ser possível a execução do contrato de acordo com a proposta oferecida e apresentou a planilha de custos para a execução do serviço.

Tendo por escopo elucidar questões relativas ao procedimento realizou diligência, materializada na Ata do dia 11/11/2021.

Em possível juízo de retratação, a Pregoeira e a Equipe de apoio mantiveram a decisão, vindos os autos a esta Assessoria Jurídica para Manifestação e posterior decisão do Sr. Prefeito.

É o relatório, com a síntese necessária.

Estando presentes os pressupostos subjetivos e objetivos recursais, entendo que se deva conhecer do recurso e das contrarrazões.

Passo a análise do mérito recursal.

Cinge-se a questão sobre a exequibilidade das propostas apresentadas por duas proponentes, respectivamente R\$ 15.5000,00 e R\$ 15.000,00 e sua compatibilidade com a Lei de Licitações.

Como é de conhecimento elementar A Lei de Licitações, em seu art. 48, inciso II, § 1º, prevê a desclassificação de propostas contendo preços inexequíveis, assim considerados aqueles que “*não se revelam capazes de possibilitar a alguém uma retribuição financeira mínima (ou compatível) em relação aos encargos que terá de assumir contratualmente*”¹.

Os objetivos da norma são:

a) erradicar ou minimizar riscos de uma futura inexecução contratual já que o licitante ao apresentar proposta com preços muito baixos, pode estar assumindo obrigação que se mostrará não executável;

¹ MENDES, Renato Geraldo. *O processo de contratação pública – Fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012, p. 313.
Texto sem revisão





ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

b) valoriza e tutelar valor juridicamente relevante, qual seja, o de que as atividades econômicas sejam lucrativas, promovendo a circulação de riquezas no país.

Não se discute que cada empresa, tem seu próprio método de calcular seus preços (propostas), margem de lucros, custos fixos e etc., o que permite inequivocamente, a variação de preços.

O tema é polêmico, pois aparentemente, bastaria aplicar as fórmulas apresentadas no Art. 48, da Lei de Licitações e a questão estaria resolvida. Todavia, considerando a relatividade dos valores, custos e outros fatores, antes de declarar a inexecutabilidade de qualquer proposta, o legislador previu a possibilidade de que o licitante, previamente a eventual desclassificação em razão de aparente preço inexecutável, possa demonstrar a executabilidade de sua proposta, trata-se tão somente da aplicação do princípio do contraditório.

Tal possibilidade encontra-se prevista na parte final do art. 44, § 3º e tem aplicabilidade pacificamente reconhecida pelo Tribunal de Contas da União, conforme entendimento já consolidado na **Súmula de nº 262** de seguinte teor: “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 inexecutabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta.”

O Poder Judiciário também tem enfrentando o tema e relativizado a rigidez da norma. Verbis:

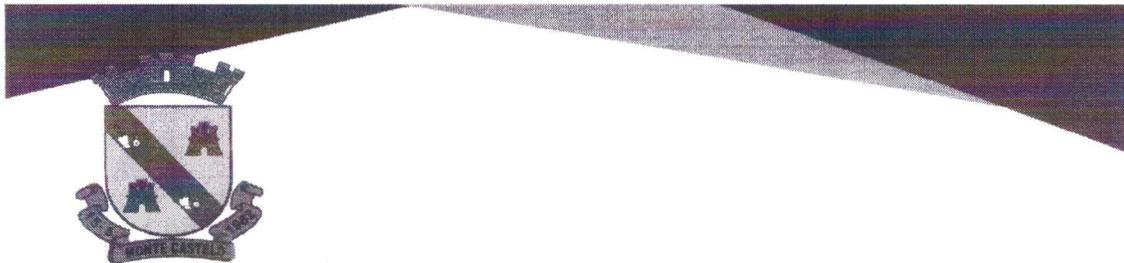
TRF-4 - AGRAVO DE INSTRUMENTO AG 50062602420214040000 5006260-24.2021.4.04.0000 (TRF-4) AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. LIMINAR. INEXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. 1. A desclassificação de licitante por inexecutabilidade da proposta constitui medida excepcional, a ser adotada somente se não demonstrado que, apesar do valor reduzido, é ela executável. 2. No caso concreto, seja por erro de digitação ou por estratégia empresarial, o fato é que a empresa declarada vencedora se mostra disposta a assumir os lances ofertados, estando sujeita, evidentemente, às penalidades previstas na legislação caso não venha a honrar o compromisso assumido. 3. Considerando que não resta configurado, em princípio, o alegado jogo de planilhas, e tendo em conta que não há falar em urgência do pedido, na medida em que, embora homologado o resultado do certame, se trata de contratação parcelada, conforme necessidade, devendo o serviço ser prestado consoante demanda e solicitação da contratante, a decisão hostilizada merece ser mantida.

Em outras palavras, o Judiciário entende que 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 inexecutabilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade da sua proposta.

Também é o que se extrai da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

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 EXECUTIBILIDADE 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 executável/inexecutável da proposta apresentada em procedimento licitatório - gera presunção absoluta ou relativa de inexecutabilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexecutabilidade 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 inexecutabilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexecutabilidade 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 executável. 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 executável, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação.

Texto sem revisão



ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

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 dispõe 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).

"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." (REsp 965.839/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)

A doutrina não destoa desse entendimento. Veja-se:

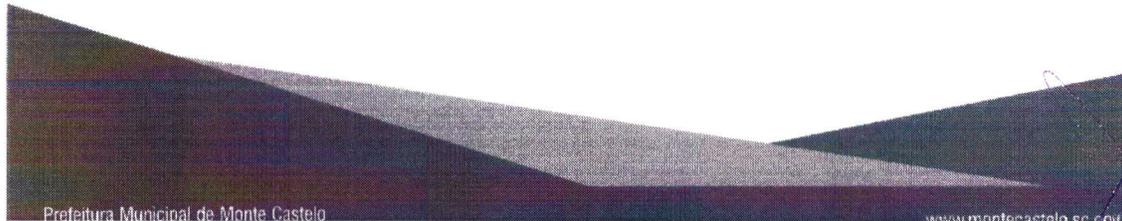
"As regras contidas no § 1º autorizam a mera presunção relativa de inexequibilidade. O licitante cuja proposta for inferior ao limite do § 1º dispõe da faculdade de provar à Administração que dispõe de condições materiais para executar sua proposta. Haverá uma inversão do ônus da prova, no sentido de que se presume inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exequível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de representá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova de exequibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto." [JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev., atual. e ampl. 3. tir. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1021/1022; 1027] (grifou-se)

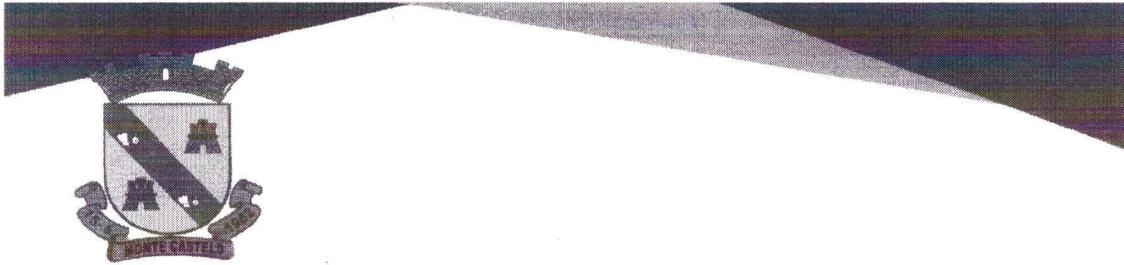
Este é também o entendimento adotado pela jurisprudência catarinense:

Não se pode perder de vista que a finalidade precípua da licitação é a escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública e, para atingi-la, não pode o administrador ater-se à rigorismos formais exacerbados, a ponto de afastar possíveis interessados do certame, o que limitaria a competição e, por conseguinte, reduziria as oportunidades de escolha para a contratação". (ACMS n. 2006.040074-1, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 21-6-2007). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.069543-4, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 08-03-2016). (grifei)

ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS À CELESC - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - ALEGAÇÃO DE LICITANTE DERROTADA DE QUE A OFERTA DO VENCEDOR DO CERTAME É INEXEQUÍVEL - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - SEGURANÇA DENEGADA - DESPROVIMENTO DO RECURSO. Para obter a proteção jurisdicional através de mandado de segurança o impetrante deverá demonstrar de plano, com prova pré-constituída, o seu direito líquido e certo. Sem essa comprovação, impõe-se a denegação da segurança, restando ao interessado, se lhe convier, postular

Texto sem revisão





ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

através das instâncias ordinárias, nas quais se permite a dilação probatória. A inexecutabilidade da proposta vencedora, para fins do disposto no art. 48 da Lei 8.666/93 deve ser aferida no âmbito da impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou, pondo em risco o interesse público, e não de uma oferta com preços próximos ao de custo, sem infração à ordem econômica, já que não cabe à administração, no processo de licitação, fiscalizar a lucratividade ou não da empresa privada. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2004.035034-7, de Joinville, rel. Des. Jaime Ramos, Segunda Câmara de Direito Público, j. 08-03-2005). (grifei).

Pontue-se, ainda, que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve ser interpretado em consonância com o princípio da razoabilidade, o qual, *“entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto”*. (Pietro, Maria Sylvia Zanella di. Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 76).

É a hipótese de atenuação no formalismo que sempre permeia as contratações públicas e dar uma “interpretação conforme” para o caso prestigiar o objetivo da licitação: Selecionar a proposta mais vantajosa, como no caso dos autos.

No mesmo sentido a Jurisprudência do STJ:

Constitucional e Processual Civil. Licitação. Instrumento convocatório. Exigência descabida. Mandado de segurança. Deferimento. **A vinculação do instrumento convocatório, no procedimento licitatório, em face da lei de regência, não vai ao extremo de se exigir providências anódinas e que em nada influenciam na demonstração de que o licitante preenche os requisitos (técnicos e financeiros) para participar da concorrência.** (STJ - MS 5647-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 17/02/99, p. 00102).

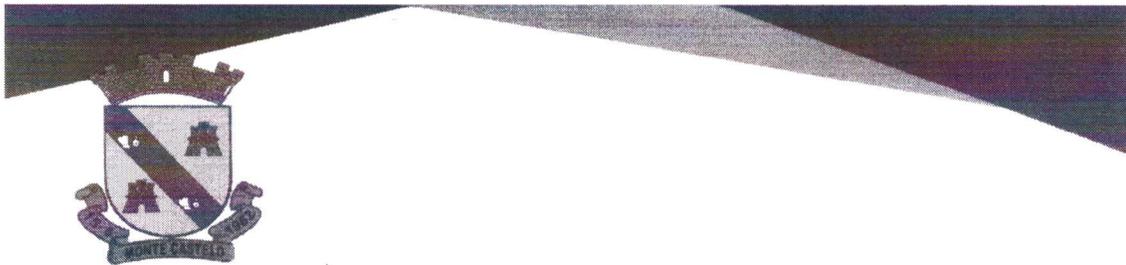
“Direito Público. Mandado de segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao EDITAL. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo Judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudiciais ao interesse público. Possibilidade. Cabimento do mandado de segurança para esse fim. Deferimento. O EDITAL no sistema jurídico constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, é norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o objeto da licitação, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e do Poder Público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas. Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao EDITAL não é absoluto, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar lhe, buscando lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração.” (STJ - MS 5418-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ de 01/06/98, p. 00024).

Por sua vez, é o caso da aplicação do princípio da razoabilidade, também chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão ao interesse público. fundamentais. (MEIRELLES, 2009, p. 94)2.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Malheiros. 35ª Ed. 2009.

Texto sem revisão





ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

As condutas desarrazoadas, bizarras ou incoerentes, não são apenas consideradas inconvenientes, mas sim ilegítimas e jurisdicionalmente inválidas, passíveis de anulação pelo Poder Judiciário, por não restarem conforme a finalidade da lei. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 108)3.

Na visão de Alexandre de Moraes, o princípio da razoabilidade não pode ser confundido com um dos critérios para sua aplicação, qual seja, a proporcionalidade. O doutrinador orienta que o que se exige do Poder Público é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como na aplicação de medidas restritivas e sancionadoras; estão, pois, absolutamente interligados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (MORAES, 2007, p. 97)4.

Isto posto, opino pelo CONHECIMENTO DO RECURSO, para no mérito, lhe NEGAR PROVIMENTO, para MANTER a decisão da recorrida.

**É o Parecer.
Sub censuram.**

Ao Chefe do Poder Executivo, com os aplausos de estilo.

Monte Castelo- SC, 16 de novembro de 2021.

MARCELO FELIZ ARTILHEIRO
Assessor Jurídico
OAB/SC 16.493

XX

XX

XX

DECISÃO DO PREFEITO

**R.H.
Vistos e etc.**

**Acolho o parecer pelos seus próprios fundamentos,
cujas razões adoto como razão de decidir. (RMS 13542 / SP ; Rel. Min.
Gilson Dipp, Dj 22.09.2003).**

**Conheço do recurso, para no mérito, lhe negar provimento.
Intimem-se os legitimados.**

**Impulsione-se o feito, a bem do interesse público.
Publique-se.
Cumpra-se**

Monte Castelo, 16 de novembro de 2021.

Jean Carlo Medeiros de Souza
Prefeito

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. 26ª Ed. Malheiros. 2009.

4 MORAES, Alexandre. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo. Atlas. 4ª Ed. 2007

Texto sem revisão