

Processo Administrativo nº: 004691/2024

Pregão Presencial nº: 0034/2024

Protocolo nº: 06653/2024

Assunto: Recurso Administrativo

Data: 19/08/2024

PARECER

O Pregoeiro solicita parecer desta Procuradoria sobre a análise jurídica do recurso administrativo apresentado pela empresa MC RODRIGUES E EMPREENDIMENTOS LTDA objetivando a inabilitação das 05 (cinco) empresas classificadas na sua frente, com melhor valor de lance, tendo sagrado vencedora com o menor valor após proposta de preços e lances do pregão presencial a empresa RH SERVIÇOS E EMPREENDIMENTOS LTDA.

É o brevíssimo relatório.

I - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Prefacialmente, é preciso lembrar que esta manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe.

Incube a esta Procuradoria prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito do Administração Pública

Municipal, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

II - FUNDAMENTOS:

Compulsando os autos e após criteriosa análise das matérias em discussão, conclui-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto pela recorrente.

Acudindo ao chamamento da Prefeitura Municipal de Carmo 046 (seis) licitantes participaram com a mais estrita observância das exigências editalícias. Findo a fase de propostas/lances com AMPLA COMPETITIVIDADE (vide mapa de lances por participantes) a empresa RH SERVIÇOS E EMPREENDIMENTOS LTDA obteve o menor valor. Objetiva a recorrente afastar a desclassificação da proposta da empresa vencedora com o menor valor, bem como de todas as outras empresas que ficaram à sua frente com melhor valor, **aduzindo ser o preço de todas as empresas inexecuáveis.**

Não obstante o que se há de ponderar, *data máxima vênia*, a análise a ser feita é buscar a medida mais benéfica que, deverá sempre pautar-se no aumento da competitividade, por permitir um número maior de propostas mais vantajosas para a Administração.

Neste cotejo, para encerrar a presente peça e fundamentar os argumentos alinhavados, vale-se o do entendimento do **Superior Tribunal de Justiça** que referenda claramente todo o quanto aqui defendido. Veja-se:

“ A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houver, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater concorrentes.”

Pois bem. Passemos a analisar a matéria:

A orientação correta nas licitações é a **dispensa de rigorismos inúteis e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados.**

É lógico que o formalismo moderado deve ser considerado a fim de que se mantenha a licitação a mais abrangente, possibilitando, assim, a concorrência do maior número possível de participantes, notadamente, quando estamos diante de salvaguardar os princípios da **ampla competitividade e Economicidade.**

Bem destaca os contornos do princípio do formalismo Marçal Justen Filho, ao aduzir que:

“Significa que o critério para decisão de cada fase deve ser a vantagem da Administração. Isso acarreta a irrelevância do puro e simples ‘formalismo’ do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. O formalismo do procedimento licitatório encontra o conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa. Assim, a série formal de atos se estrutura e se orienta pelo fim objetivado. Ademais, será nulo o procedimento licitatório”

quando qualquer fase não for concretamente orientada para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração". [Grifamos] (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010. ps. 65/66 e 77/78)

Na mesma esteira, é a posição do Tribunal de Contas da União, conforme se infere do seguinte julgado:

f) o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve ser analisado com cautela, sob pena da perpetuação de 'excessos' e de 'rigorismo formal';

g) cita que, segundo o Prof. Lucas Rocha Furtado, 'O princípio da vinculação ao instrumento convocatório não significa, no entanto, obrigar o administrador a adotar formalidades excessivas ou desnecessárias'. E mais, 'deve o Administrador usar seu poder discricionário - nunca arbitrário - e a sua capacidade de interpretação para buscar melhores soluções para a Administração Pública'; (...)

j) como lembra, nesse mesmo diapasão foi o julgamento do Mandado de Segurança nº 5.418/DF, DJU de 01/06/1998, verbis '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 ... O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes';

l) a Pregoeira cita, ainda, em favor da adjudicação, o Mandado de Segurança nº 5.606/DF, DJU de 10/08/1998, verbis: 'As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos

interessados no certame, possibilitem a participação de maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.

2. Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal ... (...) Ademais, vale lembrar os entendimentos apontados pela Sra. Pregoeira, quanto à lição do Prof. Lucas Rocha Furtado e quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (item 3, alíneas 'g', 'j' e 'l' supra), sobre a necessidade de se buscar a distinção entre vinculação às cláusulas editalícias e exigências desnecessárias.

9.1 Aliás, a exemplo da Decisão nº 472/95 - Plenário, Ata nº 42/95, citada pela Pregoeira (item 3, alínea 'i' supra), é farta a jurisprudência do TCU no sentido de relevar falhas e impropriedades formais dessa natureza. Tal tem sido o entendimento do Tribunal, em diversas assentadas, no sentido de que 'não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes' (Decisão nº 178/96 - Plenário, Ata nº 14/96, Decisão nº 367/95 - Plenário - Ata nº 35/95, Decisão nº 681/2000 - Plenário, Ata nº 33/2000 e Decisão nº 17/2001 - Plenário, Ata nº 02/2001)

Portanto, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não pode ser interpretado de modo absoluto, a ponto de tornar a licitação extremamente formalista, impondo-se, ao contrário, que o Pregoeiro faça uma

leitura do edital à luz dos primados da razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, finalidade.

A inexecuibilidade, de fato, não deve ensejar a desclassificação automática ou sumária do licitante, admitindo-se tal comportamento apenas em caráter excepcionalíssimo, conforme assentado pela jurisprudência do TCU.

A Corte de Contas da União orienta a Administração em oferecer oportunidade ao licitante em demonstrar a exequibilidade de sua proposta antes de considerá-la inexecuível e desclassificá-la, a saber:

Licitação de obra pública: 1 – Para o fim de cálculo de inexecuibilidade de proposta comercial, os critérios estabelecidos na Lei 8.666/1993 não são absolutos, devendo a instituição pública contratante adotar providências com vistas à aferição da viabilidade dos valores ofertados, antes da desclassificação da proponente (...). Acórdão n.º 1857/2011, TC-009.006/2009-9, rel. Min.-Subst. André Luis de Carvalho, 13.07.2011.

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.

Posto que, a hipótese apresentada acima, só será considerada após diligenciamento pelo pregoeiro oportunizando ao licitante a apresentação de

documentos defendendo a exequibilidade do preço. Ou seja, a presunção é de exequibilidade!

Notadamente, esse não foi o fato que ocorreu na sessão de lances do processo em questão conforme se extrai da Ata de Sessão, ou seja, não houve indícios de possível inexecução, uma vez que todos os outros licitantes seguiram dando lances, diferente do recorrente, único a se insurgir contra a proposta de todos os demais.

Outrossim, vale ressaltar que as diligências são facultadas e de decisão somente da Administração quando esta entender necessária, como demonstra o Art. 59 § 2º da Lei 14.133/21:

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.

Nesse sentido, constata-se que o processo foi conduzido na forma convencionalizada no processo, respeitando-se o princípio da vinculação ao edital e todos os atos sem a ele se limitar.

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 inexecutibilidade, 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, ainda da 8666/93, Marçal Justen Filho entende que: *...a disciplina do § 1º torna a questão da exequibilidade sujeita a variáveis totalmente incontroláveis, aleatórias e circunstanciais.*”. Adiante, o autor afirma que *“as regras contidas no § 1º autorizam mera presunção relativa de inexecutibilidade. Essa é a única interpretação cabível, sob pena de reintroduzir-se, disfarçadamente, a licitação de preço-base.* (ob. cit. p. 607-610)

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



P R E F E I T U R A
C A R M O
C i d a d e B e l a

**PROCURADORIA
GERAL**

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

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.

III - DA CONCLUSÃO:

Por todo o exposto, em estrita observância aos demais princípios da Licitação, opinamos:

1-) pelo **CONHECIMENTO** do recurso interposto pela empresa MC RODRIGUES E EMPREENDIMENTOS LTDA tendo em vista a sua tempestividade, para no MÉRITO, **NEGAR PROVIMENTO**, para manutenção da classificação da proposta e habilitação da empresa vencedora, reconhecendo a improcedência do recurso apresentado.

Este é o parecer, que se encaminha ao Pregoeiro para as providências que entender conveniente.

Salvo melhor juízo, é o Parecer, que ora submeto à apreciação superior.


DANIEL DE CASTRO SOARES

Procurador Geral do Município

Portaria nº 001/2021