

PARECER JURIDICO

Processo nº 59.668/2019
Pregão nº 116/2019

Parecer jurídico referente a interposição de recurso administrativo interposto pela licitante ECOFORMAÇÃO CONSULTORIA E ASSESSORIA AMBIENTAL E PEDAGÓGICA e VIVER BEM SAÚDE PREVENTIVA EIRELI.

ECOFORMAÇÃO CONSULTORIA E ASSESSORIA AMBIENTAL E PEDAGÓGICA interpôs recurso administrativo as fls. 216/236, em face da decisão da comissão licitante (fls.228/237), que declarou a licitante GABRIELE RECHE MORAES ADA HOME CARE vencedora do certame, com o preço de R\$ 478.000,00 (quatrocentos e setenta e oito mil reais).

Alega a recorrente que o preço praticado pela licitante vencedora, bem como pela segunda colocada ESPAÇO D – CONSULTORIA E ASSESSORIA EDUCACIONAL E CULTURAL, são manifestamente inexequíveis, requerendo a desclassificação das mesmas.

Já a licitante **VIVER BEM SAÚDE PREVENTIVA EIRELI** interpôs Recurso Administrativo (fls.239/251), alegando em síntese a inexequibilidade do preço vencedor ofertado, bem como a inadequação do atestado de capacidade técnica.

Em contrarrazões do recurso a licitante GABRIELE RECHE MORAES ADA HOME CARE (fls.254/262), informou que seu preço é preço compatível como o preço de mercado e que o percentual estabelecido no artigo 48 diz respeito a obras e serviços de engenharia, não se aplicado aos outros tipos de prestação de serviço. Ressalta ainda que seus atestados de capacidade técnica atendem plenamente o que foi exigido em edital, ao final

apresentou planilha discriminatória de custos de mão de obra, serviços, impostos, lucro, encargos e BDI, a fim de demonstrar a exequibilidade do preço.

Ambos os recursos devem ser julgados IMPROCEDENTES.

Em que pese a tempestividade dos recursos no mérito não assiste razão as recorrentes.

A tentativa de vincular o menor preço apurado para a exequibilidade do serviço em relação ao preço médio apurado não representa um critério absoluto de aferição, não somente pelo fato de que as empresas consultadas, em regras, encaminharem preços relativamente maiores do que os realmente praticados por elas, como a existência de um preço consultado muito elevado pode acabar elevando o preço médio.

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. (MOTTA, 2008, p. 534)”

Assim a exequibilidade do preço deve ser auferida mediante demonstrativo do ofertante do menor preço.

Saliento que a aceitação do preço ofertado não se vislumbra ofensa ao art. 40, inc. X, da Lei de Licitações, segundo o qual o edital deve prever o **“critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em**

relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48º. (Grifamos.)

Isso porque, quanto maior o desconto ofertado, menor o dispêndio de recursos públicos. Assim, se a fixação de um percentual de desconto mínimo constitui um limite máximo para os gastos com o futuro contrato, verifica-se que a finalidade do inc. X do art. 40 é preservada, visto que não se estará obstando ou limitando o oferecimento de propostas mais vantajosas para a Administração.

Sobre a finalidade do dispositivo, ensina Renato Geraldo Mendes:

O inc. X do art. 40 regula o critério de aceitabilidade dos preços. O preceito diz como podem ser disciplinados os preços no edital, permitindo estabelecer preço máximo e proibindo a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência. Com essa proibição, o legislador está dizendo que a Administração pode limitar o máximo que gastará para obter o objeto licitado, mas não o mínimo que o licitante pretende receber para cumprir o encargo. (MENDES, 2014.)

Ainda, em outra oportunidade, nos manifestamos da seguinte forma na obra Lei Anotada.com:

O art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666/93, ao tratar dos critérios de aceitabilidade a serem definidos no edital, permite a fixação de preços máximos e veda a delimitação de preços mínimos. Essa regra, tal como descrita na Lei, foi delineada para as licitações voltadas à obtenção do menor preço. Assim, para que seja aplicada às licitações processadas sob os tipos maior oferta/lance ou maior desconto, é preciso adequá-la. Isso porque, nesses certames, o que se busca é o maior indicativo numérico. Ou seja, quanto maior a oferta ou o desconto, mais vantajosa é a proposta. Então, nessas licitações (maior oferta/lance



e maior desconto), a Administração poderá definir o preço mínimo e não poderá fixar o preço máximo, sob pena de impedir a obtenção da proposta com a melhor relação benefício x custo. (Nota elaborada por Manuela Martins de Mello, integrante da Equipe Técnica Zênite.) (MENDES, 2014.)

Por fim, a fim de ilustrar o raciocínio exposto, veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Contas da União, em que se conclui pela impossibilidade de adoção de descontos máximos, uma vez que isso refletiria na fixação de um preço mínimo para a proposta:

Acórdão nº 818/2008 – 2ª Câmara

Sumário

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MAIOR DESCONTO. POSSIBILIDADE. RAZÕES DE JUSTIFICATIVA PARCIALMENTE ACOLHIDAS. DETERMINAÇÕES.

1. O julgamento de propostas feito com foco no desconto a incidir sobre determinada tabela de preço prefixada, apesar de se enquadrar como licitação do tipo menor preço, deve se restringir aos casos de contratação em que o parâmetro de menor preço seja econômica e operacionalmente inviável, uma vez que aquele critério apresenta maior vulnerabilidade a fraudes e a majorações de preço alheias ao controle da Administração Pública.

(...)

Voto

5. Com as vênias de estilo por dissentir, não houve inovação jurídica por parte do TCU. Nem mesmo poderia haver, sob pena de extrapolação das competências constitucionais reservadas aos tribunais de contas. Em meu entendimento, a concessão de desconto sobre determinada tabela leva ao mesmo resultado da fixação de preço mínimo como critério de julgamento, ou seja, em qualquer dos dois casos, a licitação será do tipo menor preço.

6. Ademais, por oportuno importa registrar que eventual estipulação de desconto máximo equivalerá à fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993.

(...)

Acórdão

9.3. determinar ao Incra/MA que:

9.3.1. nas contratações destinadas à manutenção de veículos em que o menor preço for aferido pelo critério de maior desconto incidente sobre tabelas de preço predefinidas, abstenha-se de:

(...)

9.3.1.2. estipular percentuais de desconto máximo, haja vista caracterizar fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993. (TCU, Acórdão nº 818/2008, 2ª Câmara, Rel. Min. Aroldo Cedraz, DOU de 03.04.2008.)



À luz do exposto, conclui-se não haver óbices quanto à fixação de percentual de desconto mínimo nas licitações cujo critério de julgamento seja o maior desconto. A indicação do percentual mínimo, nesses casos, corresponde justamente ao montante máximo que a Administração pretende despende com o futuro contrato. Conseqüentemente, não há ilegalidade na adoção dessa medida.

Assim para reconhecer a inexecuibilidade de preços nas licitações públicas, temos que está diante 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 ilegítimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei n° 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 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 certame.

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

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 inexecuibilidade, 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 inexecuibilidade. 2. 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. 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)

Portanto, a legislação estabelece parâmetros de inexequibilidade 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.

Por outro giro, a decretação da inexequibilidade de uma proposta no processo licitatório pode trazer igualmente prejuízos significativos aos cofres públicos, e diante da impossibilidade de o Estado eliminar propostas vantajosas para os interesses sob sua tutela, o ato de desclassificação sob este fundamento é manifestamente ilegal.

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.

18. 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.

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).

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

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 ao atestado de capacidade técnica apresentada pela recorrida, o mesmo encontra-se em total atendimento ao que fora exigido no Edital do Pregão nº116/2019, para fins de comprovação de capacidade técnica.

Com todo o exposto, conclui-se que o problema mais grave, atinente à disciplina da inexecuibilidade de preços, reside na ausência de segurança e previsibilidade, mas que diante da planilha de preço apresentada pela recorrida em contrarrazões inexistem elementos seguros para declara a inexecuibilidade da proposta, de modo que opinamos pelo

INDEFERIMENTO dos recursos interpostos por **ECOFORMAÇÃO CONSULTORIA E ASSESSORIA AMBIENTAL E PEDAGÓGICA e VIVER BEM SAÚDE PREVENTIVA EIRELI.**

É o Parecer.

Cajati, 18 de setembro de 2019.


Pedro Alexandre Rodrigues Pereira
OAB/SP 297.390
Diretor do Departamento Jurídico