



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

## DA SECRETARIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS PARA SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO

PROCESSO Nº 127/2022

PREGÃO PRESENCIAL Nº 034/2022

### Parecer Jurídico

Trata-se de solicitação encaminhada, em data de 17/01/2023, pela Secretaria Municipal de Administração em relação ao processo administrativo nº 127/2022, Pregão Presencial nº 034/2022, referente ao Recurso Administrativo protocolado pela licitante “COOPERATIVA DE TRANSPORTE ESCOLAR DE ANGATUBA – COOPERANGA”, sendo apresentadas contrarrazões recursais pelas empresas “HENRIQUE A. T. DE MATOS ROCHA”, “L.F.F. FUDALI TRANSPORTES LTDA”, “EMAG TRANSPORTE ESCOLAR LTDA” e “CLEIDE MARIA FERNANDES DE MATOS LTDA”.

O recurso em questão foi protocolado em data de 09/01/2023 (fls. 1.014/1.021), sendo reconhecida a tempestividade do mesmo (art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02), visto que a sessão foi realizada em datas de 05/01/2023 e 06/01/2023.

As requeridas apresentaram referidas contrarrazões em data de 16/01/2023, da seguinte forma:

- A recorrida “EMAG TRANSPORTE ESCOLAR LTDA” apresentou suas contrarrazões às fls. 1.041/1.048;
- A recorrida “L.F.F. FUDALI TRANSPORTES LTDA” apresentou suas contrarrazões às fls. 1.075/1.082;
- A recorrida “CLEIDE MARIA FERNANDES DE MATOS LTDA” apresentou suas contrarrazões às fls. 1.117/1.124;
- A recorrida “HENRIQUE A. T. DE MATOS ROCHA” apresentou suas contrarrazões às fls. 1.149/1.156;



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

Foi reconhecida a tempestividade das contrarrazões apresentadas (art. 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02).

Em sede recursal, a recorrente afirmou, em suma, que as propostas apresentadas pelas recorridas seriam manifestamente inexequíveis, requerendo, por fim, o reconhecimento da inexequibilidade de tais propostas, com a convocação sucessiva das demais colocadas.

Por sua vez, em sede de contrarrazões, as recorridas aduziram, em suma, que a viabilidade das propostas restam devidamente demonstradas nos autos, não havendo que se falar em inexequibilidade. Também aludiram que o valor das propostas encontra-se dentro dos patamares legais constantes do art. 48, § 1º, "a" e "b" da Lei nº 8.666/93.

Pois bem.

Primeiramente, deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos constantes dos autos até a presente data, e que, em face do que dispõe o artigo 38, parágrafo único da Lei n.º 8.666/93 incumbe, a assessoria jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da administração nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Repise-se: este Parecer tange-se às especificidades do caso concreto apresentado durante os trâmites licitatórios, excluindo-se da análise a conveniência e a oportunidade dos atos praticados no âmbito da administração, assim como os aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativo, econômico e/ou discricionários, cuja avaliação não compete a esta Assessoria Jurídica.

Os limites traçados decorrem da aplicação do princípio da deferência técnico-administrativa e do disposto no Enunciado nº 7 do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União - AGU, *in verbis*:



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

*“A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.”*

A Lei nº 10.520/02, que disciplina a modalidade pregão, é bastante sucinta no que toca à aferição da inexequibilidade das propostas, o inciso XI do artigo 4º, prescreve o seguinte:

*“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:*

*(...)*

*XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, **cabará ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;**”*

Em razão do tratamento sintético dado pela Lei nº 10.520/02, aplica-se à questão da inexequibilidade, de forma subsidiária, o tratamento dispensado pela Lei nº 8.666/93. A propósito, o inciso IV do artigo 43, da Lei nº 8.666/93 prescreve o seguinte:

*“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:*

*(...)*

*IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;”*

Na mesma linha, o § 3º do artigo 44, da Lei de Licitações e Contratos enuncia desta forma:

*“§3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.”*



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

E, ainda, em complemento, o inciso II do artigo 48, também da Lei nº 8.666/93 determina que:

*“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.”*

Conforme preconiza o Edital em seu item 8.7 (fls. 156):

*“8.7 – Adotar-se-á como critério de aceitabilidade de preços o valor indicado no Anexo I – Termo de Referência que foi apurado com base nos preços de mercado, desclassificando-se as propostas cujos preços sejam manifestamente inexequíveis (art. 40 X e 48 II e parágrafos, da Lei Federal nº 8.666/93).”*

Deste modo, é pacífico o entendimento de que deverá ser observado, por todos os licitantes, o princípio da vinculação ao edital. Vejamos:

*“APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - FALTA DE DOCUMENTO EXIGIDO PELO EDITAL - INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. - **O edital tem caráter vinculatório entre as partes licitantes, devendo ser cumprido na íntegra, sob pena de desclassificação.** (Apelação Cível – 0081888-2, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Antônio Lopes Noronha, Julgado em 31/08/2000, Publicado em 13/11/2000). (grifo no original).”*

*“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. **Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência.** 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua*



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

*proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (STF – RMS: 23640 DF, relator: min. MAURÍCIO CORRÊA, data de Julgamento: 16/10/2001, Segunda Turma, Data de publicação: DJ05-12/2003 PP-0038 EMENT VOL-02135-07 PP-01268) (grifo no original)."*

No tocante à suposta inexequibilidade das propostas apresentadas, o renomado jurista Marçal Justen Filho elaborou Parecer, do qual se destacam precisas elucubrações:

*"45.1 Como dito acima, não há regras jurídicas dispendo sobre margem de lucratividade em contratos administrativos. Portanto, qualquer empresário é livre para adotar as margens de lucro que se lhe afigurarem adequadas, necessárias ou convenientes. Como não há disciplina legal sobre a matéria, presume-se tutelada a autonomia individual, a qual encontra por limites os princípios fundamentais da ordem jurídica brasileira. Como regra, portanto, o licitante não pode ter impugnada a sua escolha acerca da margem de lucro.*

*45.2 Por outro lado, tal deriva do princípio da livre empresa. Ou seja, qualquer disciplina regulatória acerca de margens de lucro nas contratações seria constitucionalmente insustentável. Um dos princípios fundamentais do capitalismo, consagrado constitucionalmente entre nós, é a liberdade empresarial. O princípio da livre empresa significa que um particular dispõe da autonomia não apenas no tocante à organização dos fatores da produção, mas também na fixação dos seus preços. O regime de mercado significa que a lei da oferta e da procura é o instrumento primordial para a determinação dos preços, os quais variam segundo as circunstâncias econômicas.*

*45.2 A intervenção estatal sobre o domínio econômico visa a reprimir o abuso do poder econômico e ordenar a política econômica nacional. Daí a adoção de determinados instrumentos, tais como a vedação a reajustes em prazo inferior a doze meses. Mas permanece assegurada a autonomia do empresário para adotar margens de lucro maiores ou menores.*

*46 O que se admite é que a Administração estabeleça um limite máximo para as propostas, tal como previsto no art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666. Mas essa alternativa não foi utilizada pela Administração no caso concreto.*

*47 Por outro lado, a padronização da margem de lucro conduziria à desnaturação das licitações. Suponha-se que a Administração pudesse impor margens de lucro homogêneas, a serem respeitadas obrigatoriamente pelos licitantes. Isso conduziria à recondução de todas as propostas aos mesmos parâmetros. Todos os licitantes ofertariam valores similares, sob pena de desclassificação de suas propostas.*

*48 Observe-se que essa alternativa até já foi praticada no Brasil, com efeitos extremamente nocivos. Tratava-se da sistemática do "preço-base", cuja adoção produziu danos irreparáveis ao interesse público. Bem por isso, o art. 40, inc. X, da Lei nº 8.666 explicitamente proíbe a utilização de critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a*



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

preços de referência. Com o maior respeito, o Relatório do TCU pretende produzir precisamente o efeito vedado nessa disposição. Trata-se de estabelecer parâmetros sobre médias acerca de margem de lucro, admitindo-se apenas variações dentro de certos limites.

**49 Ademais disso, tem-se de reconhecer que a autonomia constitucionalmente assegurada aos particulares autoriza-os a escolher não apenas a margem de lucro para seus negócios. Também podem determinar sua lucratividade em face das circunstâncias do caso concreto, especialmente em virtude de certos fatores econômicos. Assim, imagine-se que certa empresa se encontre em situação financeira difícil, com necessidade de obtenção de novos negócios para manter seu aparato industrial e laborativo em operação. Isso poderá conduzi-la a reduzir suas expectativas de lucro em face de determinada licitação. Incluirá margens de lucro mais reduzidas em seu BDI. Em outros casos, poderá ocorrer um benefício derivado do custo marginal. Suponha-se que a empresa disponha de ociosidade em sua estrutura empresarial, de modo que seus custos diretos e indiretos serão inferiores aos de outros competidores. Essa perspectiva poderá conduzir a empresa a elevar ou a reduzir sua margem de lucro.**

Extraí-se a impossibilidade de apontar como anômala uma certa margem de lucro adotada em uma contratação através da pura e simples afirmativa de que, em outros contratos similares, seriam praticadas margens de lucro inferiores.

**51 Situações similares foram objeto de reprovação por parte do próprio TCU. Num dos julgados acima referidos (Decisão nº 577/2001-Plenário), a Corte de Contas emitiu determinação para exclusão de cláusulas editalícias que prefixassem salários ou faixas salariais, tendo em vista a falta de amparo legal. Ao examinar os argumentos acerca da padronização de determinados custos, afirmou-se que “não é de modo algum estranho que as empresas ofereçam propostas com valores diferentes entre si, para execução dos mesmos serviços. Isso não fere a isonomia, como alega a ...; ao contrário, é a essência do princípio da competitividade. Tentar igualar artificialmente as propostas é negar a razão de ser do procedimento licitatório”. (grifos nossos)**

O mesmo entendimento segue defendido pela mais alta Corte de Contas:

“A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecuibilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. A desclassificação por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta. (Acórdão TCU 3092/2014- Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data de Julgamento: 12/11/2014).

Antes de ter sua proposta desclassificada por inexecuibilidade, ao licitante deve ser franqueada oportunidade de defendê-la e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório. (Acórdão TCU 1244/2018- Plenário. Relator: Marcos Bemquerer. Data de Julgamento: 30/05/2018).



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

*A desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados e deve ser franqueada a oportunidade de cada licitante defender a respectiva proposta e demonstrar a sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes que ele tenha a sua proposta desclassificada. (Acórdão TCU 1161/2014-Plenário. Relator: José Jorge. Data de Julgamento:07/05/2014)."*

É pacífico o entendimento do Tribunal de que falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar necessariamente à inabilitação, cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (Lei 8.666/1993, art. 43, §3º). É o sentido que se extrai do Acórdão 2.521/2003-TCU-Plenário, *in verbis*:

*"atente para o disposto no art. 43, §3º, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei".*

Cabe destacar que, embora a fala da recorrente venha carregada com o objeto de desclassificação das empresas vencedoras, apontando que as propostas por elas apresentadas não condizem com a realidade projetada no instrumento convocatório e demais documentos instrutores do processo, a empresa recorrente não trouxe elemento a atestar **cabalmente** que as propostas ora combatidas fossem, de fato, inexecuíveis.

Sobre a necessidade de demonstração da inexecuibilidade da proposta, confirmam-se os seguintes julgados do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com os nossos destaques:

*"Ementa: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO. MENOR PREÇO. ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO ASSIM BASEADA. ARGÜIÇÃO DE PROPOSTA INEXEQUÍVEL. DESCABIMENTO. VALIDADE DO CERTAME.*

*1. Estabelecendo o edital que a licitação seria na modalidade pregão, tipo menor preço global, está a Administração adstrita a tal padrão, devendo manter a ordem de classificação assim apurada.*

***2. A mera alegação unilateral da impetrante de descumprimento do edital ou de proposta inexecuível, por parte da empresa vencedora, não é suficiente a desfazer a adjudicação e a contratação firmada,***



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

**eis que indispensável prova técnica a tanto, não efetivada na espécie.**

3. Segurança conhecida, mas denegada.”

(TRF - 1ª Região - 3ª Seção - Processo nº 200201000393010 - Relator Des. Federal João Batista Moreira - Data da decisão: 02/04/2003 - Fonte: DJ 02/06/2003, p. 35)

“Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDANDO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA PARA INTEGRAR A RELAÇÃO PROCESSUAL. MENOR PREÇO. ACATAMENTO DA PROPOSTA DE MENOR VALOR. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE FORMAL DA PROPOSTA. PREÇO INEXEQUÍVEL NÃO DEMONSTRADO.

I - A Coordenadora-Geral de Administração e Recursos Humanos do Ministério de Desenvolvimento Agrário possui legitimidade para figurar na lide, como autoridade impetrada, em face da previsão editalícia, que a ela impõe o dever de decidir os recursos que lhe forem encaminhados pela Comissão de licitação.

II - Na licitação de menor preço será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço (art. 45, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93).

**III - A eventual inexecuibilidade da proposta vencedora do procedimento licitatório não pode ser presumida. É necessário que a parte interessada demonstre cabalmente que o preço cotado não corresponde à realidade dos custos.**

IV - Apelação desprovida.”

(TRF - 1ª Região - 6ª Turma - Processo nº 200134000180390 - Relator Des. Federal Souza Prudente - Data da decisão: 25/08/2003 - Fonte: DJ 22/09/2003, p. 95)”

As recorridas apresentaram aos autos planilhas de composição de custos às fls. 1.026/1.036, em cumprimento à determinação da nobre Pregoeira em ata (fls. 1.013).

Sob o prisma jurídico, é importante repisar o contido no artigo 48, e seus parágrafos, da Lei nº 8.666/93:

“Art. 48. Serão desclassificadas:  
(...)”

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecuíveis, 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: (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)





# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

a) *média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou* (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

b) *valor orçado pela administração.* (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 2º *Dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior cujo valor global da proposta for inferior a 80% (oitenta por cento) do menor valor a que se referem as alíneas "a" e "b", será exigida, para a assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, dentre as modalidades previstas no § 1º do art. 56, igual a diferença entre o valor resultante do parágrafo anterior e o valor da correspondente proposta.* (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º *Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.* (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

Considerando que o artigo 48 supra se refere expressamente a obras e serviços de engenharia, e tendo em vista que as recorridas se responsabilizam pela veracidade das planilhas por elas acostadas aos autos, tem-se que as recorridas se comprometem, acaso os objetos licitatórios em questão lhes sejam adjudicados, ao fiel cumprimento do contrato nos termos da proposta por elas apresentada.

Caso seja demonstrado que tais propostas foram ofertadas com o intuito de fraudar o caráter competitivo do certame, as recorridas poderão incidir no crime previsto no artigo 337-F do Código Penal (acrescentado pela Lei 14.133/21, cuja parte penal já se encontra em vigência desde 01/04/2021 – art. 178 da Lei 14.133/21):

*“Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)”*

*Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)”*

Deste modo, tendo em conta que as recorridas apresentaram composição de custos nos autos, demonstrando, ao menos em tese, a exequibilidade das propostas por elas apresentadas, não há que se falar em inexequibilidade, estando as recorridas



# Prefeitura do Município de Angatuba

Rua João Lopes Filho, 120, Centro

CEP 18240-000 - Angatuba - SP

Tel: (15)3255 9500

alertadas que podem incidir, além da responsabilização civil e administrativa, no disposto no artigo 337-F do Código Penal, caso demonstrado que o oferecimento das propostas teve como intuito frustrar o caráter competitivo do certame.

## CONCLUSÃO

Por todos os motivos expostos, opinamos pelo **conhecimento** do recurso administrativo apresentado, visto ser tempestivo e, no mérito, opinamos pelo **não-provimento** deste, pelas razões já apresentadas no presente opinativo.

Deste modo, opina-se sejam os presentes autos encaminhados à apreciação da ilustre Pregoeira e, em caso de manutenção da decisão, sejam os autos encaminhados à autoridade superior, nos termos do artigo 17, VII, do Decreto Federal nº 10.024/2019.

Esse o nosso parecer, salvo melhor juízo.

Angatuba/SP, 18 de janeiro de 2023.

**Caio Marchioni da Silva**

**OAB/SP 473.100**