

PARECER JURÍDICO Nº 73/2024

ORIGEM: Departamento de Licitações e Contratos

ASSUNTO: Recurso Desclassificação

OBJETO: Pregão Eletrônico nº 20/2024, cujo objeto o registro de preço para aquisição de “saibro à granel de primeira categoria”, para manutenção das estradas vicinais do município de Cocal do Sul/SC.

I – RELATÓRIO

Trata-se de procedimento de gestão administrativa que visa a contratação de empresa do ramo pertinente para prestação de serviço com fornecimento de saibro para manutenção das estradas vicinais do município de Cocal do Sul/SC.

A empresa **JAZIDA DE AREAIO RECCO EIRELI ME** apresentou recurso requerendo a desclassificação da empresa vencedora do certame **REGINALDO LUZ DA SILVA EXTRAÇÕES E TRANSPORTES** por desatender exigências do certame.

A empresa relata que a empresa vencedora da licitação ofertou preço na proposta 63% (sessenta e três por cento) abaixo do valor do mercado orçado pelo município, bem como porque a Licença Ambiental de Operação já está comprometida em sua capacidade máxima em razão dos contratos de fornecimento vigentes junto a outros Municípios, requerendo assim sua desclassificação ao certame licitatório.

Foram intimadas as partes para apresentarem Contrarrazões aos Recursos, sendo que não houve manifestação das partes.

Desta forma a solicitação de parecer jurídico foi encaminhada à assessoria jurídica para parecer opinativo.

É a síntese do necessário.

É que merece ser relatado. OPINO.



II – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cumpre ressaltar que o presente parecer jurídico é meramente opinativo, com o fito de orientar as autoridades competentes na resolução de questões postas em análise de acordo com a documentação apresentada, não sendo, portanto, vinculativo à decisão da autoridade competente que poderá optar pelo acolhimento das presentes razões ou não.

Desta forma, ressalta-se que as exigências e especificações presentes no presente processo licitatório, observamos regramentos legais e princípios constitucionais. Sendo assim, *data venia*, não cabe ao particular, concorrente ou não do certame, impor formas diversas das presentes no edital, reformas e/ou exclusões, sob qualquer fundamento e ou justificativa, salvo as discrepâncias jurídicas e ou itens ilegais.

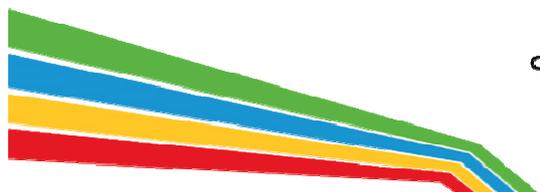
O objeto do presente certame licitatório é “a contratação de empresa do ramo pertinente para prestação de serviço com fornecimento de saibro para manutenção das estradas vicinais do município de Cocal do Sul/SC.

a) Da Inexequibilidade da proposta ofertada por Reginaldo Luz:

Relata que o Recorrido apresentou sua proposta no valor de R\$ 13,00 (treze reais), cuja quantia se verifica 63% (sessenta e três por cento) inferior ao quantum orçado pela Administração Pública, qual seja, R\$ 35,33 (trinta e cinco reais e trinta e três centavos).

Efetivamente foi apresentado os valores descritos pela Recorrente em seu pedido recursal, ocorre, que a Recorrida juntou documentos que comprovam sua aptidão para fornecer o objeto **no valor ofertado**.

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 inexequibilidade, 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 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. (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 inexequibilidade, também para a jurisprudência, deve ser relativa, oportunizando ao licitante a 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 inexequibilidade. 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 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 inexecutável 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 inexecutabilidade.

b) Do comprometimento da capacidade da Licença Ambiental de Operação do Recorrido Reginaldo Luz:

Alega o Recorrente, que a Licença Ambiental de Operação já está comprometida em **133.500m³**, valor superior do quantum objeto da licença.



Tal afirmação é corroborada com os documentos juntados pelo Recorrido e Recorrente, onde descrevem que o vencedor da licitação já possui contratos com os municípios de: Jaguaruna (40.000m³), Morro da Fumaça (58.000m³), Balneário Rincão (20.000m³), Araranguá (11.250m³ e 3.750m³) e Nova Veneza (500m³). **Total de R\$ 133.500m³.**

Cabe ressaltar, que o Recorrido possui Licença Ambiental de Operação de produção anual de até **115.000m³**, conforme documentos constantes no processo licitatório.

O Edital do município de Cocal do Sul prevê a capacidade de produção anual de, no mínimo, **30.000m³** de saibro.

Sabe-se que o edital é a Lei interna da licitação e que vincula tanto os licitantes quanto a administração. Imperioso consignar que em se tratando de processo licitatório, vigora o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital.

Sob essa ótica, o princípio da vinculação ao edital se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser os seus termos observados.

Noutro prisma, tal vinculação não deve representar um formalismo exacerbado, eis que 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.

Contudo, mesmo que, por vezes, o formalismo extrapole o razoável no julgamento das licitações, no presente caso há exigências técnicas que não podem ser desconsideradas na medida em que interferem na justiça da disputa.

Assim, se por um lado, é incabível aceitar proposta que não se revele vantajosa à Administração Pública; por outro, não se pode favorecer licitante que, a priori, não cumpriu com as exigência do edital. Nesta modalidade, a proposta deve ser a de menor valor, sempre



observando os princípios da isonomia, da legalidade, impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da vinculação ao instrumento convocatório.

Tal premissa visa evitar propostas inexequíveis e a prestação de serviços de má qualidade.

Neste sentido:

MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - ASSINATURA DO CONTRATO - PERDA DO OBJETO - REJEIÇÃO DA TESE. A tutela específica é sempre a preferência (art. 461 do CPC/73; art. 499, NCPC). Apenas excepcionalmente, se inviável o cumprimento da obrigação de fazer, não fazer ou de entrega de coisa é que se admite via alternativa, notadamente a indenização. É factível que isso ocorra quanto às licitações. Por exemplo, o cumprimento do contrato pode tornar faticamente muito onerosa a reversão. É caso em que se poderá dar pelo desaparecimento do interesse de agir, remetendo-se o impetrante às vias ordinárias. Isso não será, porém, a regra: se apenas assinado o contrato é segurança é cabível tal como pretendida. No caso, inclusive, não se demonstrou nenhum impedimento em si à concessão da ordem como pretendida - a não ser a assinatura do contrato administrativo (ato que pode ser desconstituído como eficácia anexa à pretensão mandamental). LICITAÇÃO - VINCULAÇÃO AO EDITAL - PROPOSTA COMERCIAL QUE PREJUDICA O ADEQUADO JULGAMENTO - NULIDADE RECONHECIDA. Ainda que, por vezes, o formalismo extrapole o razoável no julgamento das licitações, há exigências técnicas que não podem ser desconsideradas na medida em que interfiram na justiça da disputa. A atenção aos termos do edital aparece como uma garantia de todos: dos licitantes, que se submeterão a análise uniforme; do interesse público, o qual, diante dos reclamos importantes, terá a perspectiva de contratação por particular idôneo. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Cível n. 0002586-39.2011.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 07-12-2017). (grifei).

Em caso semelhante, já foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REQUISITOS DO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. NÃO PREENCHIMENTO PELA EMPRESA PROCLAMADA VENCEDORA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA CONFORME ITEM 13.4.1.3 DO EDITAL. SENTENÇA DE CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA NESTA



INSTÂNCIA. 1. Preliminar. O e. STJ proclamou que não houve a perda do objeto do presente mandamus, oportunidade em que foi desconstituída a decisão que reconheceu o esvaziamento do writ. 2. Mérito. A apresentação dos atestados de capacidade técnica em desconformidade com o Edital não é mera irregularidade, mas descumprimento das regras do certame, que vinculam o Administrador e as partes e são a garantia do tratamento igualitário. No caso dos autos, a empresa reconhecida como vencedora, Lazari Apoio Educacional Ltda, não demonstrou sua capacidade técnica à luz do item 13.4.1.3 do Edital, o qual exigia a comprovação de três anos de experiência em períodos não concomitantes. Períodos simultâneos que, desconsiderados, acarretam a comprovação de período inferior ao exigido no certame. Direito líquido e certo da impetrante demonstrado. Sentença concessiva da ordem mantida nesta instância. RECURSO DESPROVIDO, PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação / Remessa Necessária, Nº 50262783220168210001, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em: 08-09-2022)

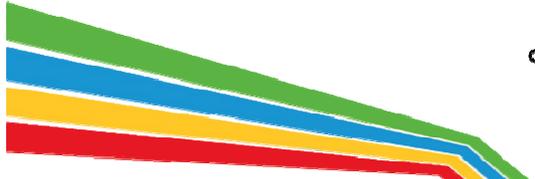
Desta forma, conforme se extrai dos documentos constantes no processo licitatório, a empresa vencedora, ora Recorrente, ficará impossibilitada de cumprir com o fornecimento do produto licitado, uma vez que já teria sido vencedora em outro procedimento licitatório que por si só impediria de cumprir com o fornecimento de saibro para a municipalidade.

III – DA CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, manifesta-se esta Procuradoria pelo **CONHECIMENTO** do Recurso interposto por **JAZIDA DE AREA O RECCO EIRELI ME**, e no mérito **DA-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para desclassificar a empresa **REGINALDO LUZ DA SILVA EXTRAÇÕES E TRANSPORTES** por não ter capacidade técnica de entregar o objeto da licitação, eis que sua Licença Ambiental de Operação já está comprometida em sua capacidade máxima em razão dos contratos de fornecimento vigentes junto a outros Municípios.

Salvo melhor Juízo. É o PARECER.
Cocal do Sul, 12 de junho de 2024.

ALEXANDRE MARAGNO DA SILVA
OAB/SC 16.355



Av. Dr. Polidoro Santiago, 519 - Centro - Cx. Postal 01
CEP: 88845-000 - Cocal do Sul/SC - CNPJ: 95.778.056/0001-88
Telefone: +55 48 3444.6000
cocaldosul.sc.gov.br