



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ESTADO DO TOCANTINS
GABINETE DO PROCURADOR-CHEFE
ASSESSORIA JURÍDICA

PÁRECEER N.º 1/2017/MPF/PRTO/GAB-PC/ASSJUR (PR-TO-00000010/2017)

PROCESSO: 1.36.000.000914/2016-38

INTERESSADO: Secretaria Estadual

ASSUNTO: Desclassificação de empresa por inexecuibilidade

EMENTA: ADMINISTRATIVO. DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA POR APRESENTAÇÃO DE PREÇOS INEXEQUÍVEIS. RESSALVAS.

1. Tratam os presentes autos de procedimento licitatório objetivando contratar empresa para prestação de serviço de manutenção predial nas unidades do MPF no Tocantins, por meio de pregão eletrônico.
2. Após analisadas as propostas apresentadas no pregão eletrônico, o Engenheiro Civil que presta assessoria a esta PRTO sugeriu a desclassificação das propostas em que o BDI ofertado esteja abaixo de 20,34%, baseando-se no Acórdão n. 325/2013 do TCU (fl. 159).
3. Agindo corretamente, a pregoeira concedeu a oportunidade de a proponente encaminhar à PRTO a planilha de composição do BDI para nova análise (fls. 166/168).
4. Dada a oportunidade à proponente para se manifestar, a mesma apresentou a composição do BDI para os itens 01 e 03 (fls. 160/163) e afirmou que possui condições de realizar os trabalhos de acordo com os BDI's discriminados.
5. Em análise da manifestação da proponente, o Engenheiro desta Procuradoria reafirmou que a proposta é inexecuível, pois os cálculos do BDI apresentados encontram-se fora dos patamares estipulados no subitem 9.1 do citado acórdão do TCU.
6. Vieram os autos à Assessoria Jurídica para manifestação.
7. É o relatório. Passo a opinar.
8. Insta salientar, prefacialmente, que o presente parecer jurídico tem por objetivo assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos inerentes ao processo em destaque.
9. É bem verdade que o parecer jurídico tem por função apontar possíveis riscos sob a ótica jurídica, recomendando a adoção de providências no intuito de preservar o órgão.

Diga-se que cabe à unidade competente avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada, municiando-se dos conhecimentos específicos para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.

10. Pois bem. Conforme consta dos autos, o Engenheiro Civil que presta assessoria a esta PRTO sugeriu a desclassificação das propostas em que o BDI ofertado esteja abaixo de 20,34%, baseando-se no Acórdão n. 325/2013 do TCU (fl. 159) e, em razão disso, a pregoeira requereu análise jurídica sobre o tema.

11. Insta salientar que o exame destes autos consiste, precipuamente, na análise dos aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica, isto é, presume-se que estes foram regularmente avaliados pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, visando ao interesse público.

12. Por fim, essa análise toma por base exclusivamente os documentos carreados aos autos até a presente data, restringindo-se, como dito alhures, aos aspectos jurídicos, sem adentrar na análise da conveniência e oportunidade da decisão, ou mesmo na análise de aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

13. Outrossim, o referido posicionamento coaduna com a orientação da AGU constante do manual de Boas Práticas Consultivas da AGU n. 07, *in verbis*:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável.

14. Feitas essas observações, passamos ao caso concreto. A lei que rege o processo de licitação (Lei n. 8666/93), estabelece 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

15. O parágrafo 1º, desse artigo 48, estabelece parâmetros para que a autoridade contratante se aproxime dos critérios objetivos de julgamento ao analisar a exequibilidade da proposta, ao passo que permite uma maior transparência no julgamento do preço ofertado:

§1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, 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:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou
- b) valor orçado pela administração.

16. Ora, a aceitabilidade da proposta envolve não somente a verificação do cumprimento das condições do edital, mas, também, a capacidade de execução do objeto licitado, ou seja, a exequibilidade da proposta.

17. Independentemente da modalidade licitatória e da expressa previsão acerca da desclassificação de propostas inexequíveis, esta evita a admissão de licitante que, com a proposta apresentada, não tenha condições de satisfazer as necessidades do poder contratante.

18. A desclassificação por inexequibilidade pode ocorrer tanto antes como depois da fase de lances.

19. Verifica-se, então, ser possível a desclassificação quando considerada inexequível. No entanto, é importante observar que a administração pública deve se restringir à análise da inexequibilidade das propostas, não cabendo a ela estabelecer parâmetros mínimos para o percentual de lucro e custos indiretos, os quais devem ser estabelecidos pelas próprias licitantes por sua conta e risco, por tratar-se de álea da atividade econômica.

20. Não cabe a essa Assessoria se manifestar sobre o caso específico da empresa que se pretende ver desclassificada, por se tratar de mérito administrativo e requerer análise de aspectos de natureza técnica.

21. No entanto, verifico que o parecer do setor técnico (fl. 159) foi genérico e, a análise da manifestação da 1ª classificada em relação à alegada inexequibilidade pelo setor técnico também limitou-se a fazer referência ao Acórdão n. 2622/2013 do TCU.

22. Assim, é necessário esclarecer que a legislação apenas estabelece parâmetros de inexequibilidade dos preços, sendo que, após ser oportunizado ao licitante a oportunidade de comprovação da exequibilidade da proposta e **cabe à administração pública analisar objetivamente as alegações da proponente.**

23. 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.

24. **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 ao licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta.**

25. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a interpretação do artigo 48 da Lei n. 8.666/93 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).

26. 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 inexecuibilidade 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)

27. Corroborando deste entendimento o renomado doutrinador Marçal Justen Filho:

Como é vedada licitação de preço-base, não pode admitir-se que 70% do preço orçado seja o limite absoluto de validade das propostas.

28. 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 (JUSTEN FILHO, 2010, p. 609).

29. Nesse sentido, sugiro que, antes que a autoridade competente decida pela desclassificação da proposta, a planilha de composição do BDI apresentada pela 1ª classificada minuciosamente seja analisada pelo setor técnico, especificando-se os motivos pelos quais os percentuais da tabela não poderão ser cumpridos. Pode-se verificar, por exemplo, se os percentuais indicados para pagamento de taxas e impostos são os aplicados nos municípios correspondentes.

É o parecer desta Assessoria Jurídica.

Palmas, 2 de janeiro de 2017.



Elaine Cristina Rocha Pedroza dos Santos

Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito

Auxiliar da Assessoria Jurídica da PR/TO - Plantonista

Portaria PR/TO 199/2016

