



PARECER JURÍDICO

Origem: Comissão de Licitação do Município de Nova Esperança do Sudoeste - PR.

Assunto: Análise de Recurso Administrativo.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA Nº. 002/2017. EXECUÇÃO DE RECAPEAMENTO ASFÁLTICO EM RUAS. PARECER OPINATIVO PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA S.M RESENDE CONSTRUTORA DE OBRAS ERELI. PELO PROSSEGUIMENTO DO CERTAME, FORTE NA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

Trata-se, em síntese, de recurso administrativo interposto pela empresa S.M RESENDE CONSTRUTORA DE OBRAS EIRELI, no âmbito do processo licitatório, realizado na modalidade Concorrência nº. 002/2017, alegando que apesar da licitante ECOPAVI CONSTRUTORA DE OBRAS ERELI sagrar-se vencedora do Lote 01 e Lote 02, a proposta apresentada é inexecutável, pois o desconto no revestimento asfáltico no lote 01 foi de mais de 80% (oitenta) por cento. Ainda, a recorrente pugna pela aplicação do item 14.16 do edital, requerendo ao final a desclassificação da licitante ECOPAVI CONSTRUTORA DE OBRAS ERELI LTDA.

Devidamente intimada do Recurso Administrativo apresentado, a empresa ECOPAVI CONSTRUTORA DE OBRAS ERELI LTDA apresentou contrarrazões, alegando, em síntese que a proposta apresentada não é inexecutável.

Diante da previsão do item 14.16 do Edital Concorrência nº. 002/2017, o feito foi convertido em diligência, onde a Recorrida apresentou planilha detalhada de composição de preços unitários da sua proposta, bem como informou a origem da massa asfáltica para execução do objeto.

Eis os relatórios do recurso administrativo e das contrarrazões.

OBSERVAÇÃO: Este parecer é de caráter consultivo, conforme dispõe a melhor doutrina:



"...reconhece-se a autonomia da autoridade competente para avaliar o conteúdo do parecer jurídico e aceitá-lo ou não". JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15º ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 601.

No mesmo sentido o Tribunal de Contas da União:

"...deve-se verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência..." (Acórdão nº. 206/2007, Plenário - TCU).

I - DO MÉRITO

Compulsando as autos e sopesando a matéria desenhada, entende-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso interposto pela empresa S.M RESENDE CONSTRUTORA DE OBRAS EIRELI em face da classificação da licitante vencedora ECOPAVI CONSTRUTORA DE OBRAS EIRELI LTDA.

A licitante vencedora ECOPAVI CONSTRUTORA DE OBRAS EIRELI apresentou proposta para o Lote 01 no valor de R\$ 775.494,29 (setecentos e setenta e cinco mil, quatrocentos e noventa e quatro reais e vinte e nove centavos) e para o Lote 02 o valor de R\$ 338.726,55 (trezentos e trinta e oito mil, setecentos e vinte e seis reais e cinquenta e cinco centavos).

Com efeito, sobre a questão alegação de inexecuibilidade da proposta da licitante vencedora ECOPAVI CONSTRUTORA DE OBRAS EIRELI relevante se faz a transcrição do item 14.15 do Edital Concorrência nº. 002/2017, *in verbis*:

14.15. Consideram-se inexeqüíveis as propostas cujos preços globais analisados sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos preços globais analisados, das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do preço orçado pelo licitador, ou*
- b) preço global orçado pelo licitador.*

Ainda, o § 1º do art. 48 da Lei nº. 8.666/93, assim preceitua:



§ 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.*

Sobre a questão do preço inexequível, o Professor Jesse Torres assim assevera:

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 ilegitimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. (PEREIRA JÚNIOR, Jesse Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 557-558).

Para Hely Lopes Meireles, evidencia-se a inexequibilidade de preços nas seguintes situações:

[...] A inexequibilidade 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, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 202).

Com efeito, analisando a proposta apresentada pela licitante vencedora ECOPAVI CONSTRUTORA DE OBRAS EIRELI observa-se que o preço ofertado está dentro



da margem do item 14.15 do Edital Concorrência nº. 002/2017 e no § 1º do art. 48 da Lei nº. 8.666/93, razão pela qual a figura da inexecuibilidade no cabe aplicação no caso em questão.

Neste sentido, a doutrina:

“(...) a licitação destina-se - especialmente no caso do pregão - a selecionar a proposta que acarrete o menor desembolso possível para os cofres públicos. Logo, não há sentido em desclassificar proposta sob o fundamento de ser muito reduzida. A inexecuibilidade deve ser arcada pelo licitante, que deverá executar a prestação nos exatos termos de sua oferta. A ausência de adimplemento à prestação conduzirá à resolução do contrato, com o sancionamento adequado (...) Logo, a apuração da inexecuibilidade tem de fazer-se caso a caso, sem a possibilidade de eleição de uma regra objetiva padronizada e imutável. (...) Mas esse limite terá de ser testado no caso concreto.” (PREGÃO, Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico, Ed. Dialética, 5ª ed., 2009, págs. 182 e 183) (grifamos).

Sendo assim, observa-se a proposta apresentada pela vencedora ECOPAVI CONSTRUTORA DE OBRAS EIRELI não se afigura como inexecuível, pois está dentro da margem do item 14.15 do Edital Concorrência nº. 002/2017 e no § 1º do art. 48 da Lei nº. 8.666/93. Logo, a decisão administrativa de processo licitatório deve estar vinculada ao previsto no edital.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, *verbis*:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao



instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, comenta o saudoso Hely Lopes Meirelles que:

“a vinculação ao edital é o princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse a documentação e propostas em desacordo com o solicitado.

O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu”. (Hely Lopes Meirelles, in 'Direito Administrativo Brasileiro', 26ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, Malheiros Editores, São Paulo, 2001, p. 259).

No mesmo sentido, ao interpretar o artigo 41 da Lei de Licitações, segundo o qual a Administração se acha estritamente vinculada às condições do edital, ensina Marçal Justen Filho:

“O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração que se vincula a seus termos. Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os atos administrativos no curso da licitação se resolve pela invalidade destes últimos. Ao descumprir normas constantes do edital, a Administração Pública frustra a própria razão de ser a licitação. Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a legalidade, a moralidade, a isonomia. O descumprimento a



qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pág. 904).

No mesmo diapasão, ensina Medauar:

[...] o edital e a carta-convite são instrumentos convocatórios da licitação e contêm as regras a serem seguidas no processo licitatório e muitas que nortearão o futuro contrato. O instrumento convocatório é a lei da licitação que anuncia, daí a exigência de sua observância durante todo o processo. (MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 182).

O instrumento convocatório é fundamental dentro do processo licitatório, vindo dele todas as informações basilares sobre o certame e o objeto pretendido. A não observância do disposto no instrumento acarreta inabilitação e/ou desclassificação da licitante.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SENTIDO DE SUAS CLÁUSULAS. ART 37, XXI, CB/88 E ARTS. 3º, 41 e 43, V, DA LEI N. 8.666/93. CERTIDÃO ELEITORAL. PRAZO DE VALIDADE. CLASSIFICAÇÃO DO RECORRENTE E DAS EMPRESAS LITISCONSORTES PASSIVAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. **A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto.** 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se válidas até a realização de novo pleito. 3. A habilitação das empresas litisconsortes passivas no certame, com o recorrente, não causa qualquer lesão a direito líquido e certo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RMS 24555 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 31-03-2006 PP-00014 EMENT VOL-02227-01 PP-00185).



EMENTA: 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 apocrífa, 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 proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (RMS 23640, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 16/10/2001, DJ 05-12-2003 PP-00038 EMENT VOL-02135-07 PP-01268).

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. ACÓRDÃO QUE AFIRMA O CUMPRIMENTO DA EXIGÊNCIA PELO CANDIDATO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos.

2. Na salvaguarda do procedimento licitatório, exsurge o princípio da vinculação, previsto no art. 41, da Lei 8.666/90, que tem como escopo vedar à administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sob essa ótica, o princípio da vinculação se traduz na regra de que o instrumento convocatório faz lei entre as partes, devendo ser observados os termos do edital até o encerramento do certame.

3. Na hipótese, o Tribunal reconheceu que o edital não exigia a autenticação on line dos documentos da empresa. Rever essa afirmação, seria necessário examinar as regras contidas no edital, o que não é possível no recurso especial, ante os óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

(STJ - REsp 1.384.138/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j, 15.08.2013, DJe 26.08.2013).



“A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art.41) REsp nº 797.179/MT, 1ª T., rel. Min. Denise Arruda, j. em 19.10.2006, DJ de 07.11.2006)” “Consoante dispõe o art. 41 da Lei 8.666/93, a Administração encontra-se estritamente vinculada ao edital de licitação, não podendo descumprir as normas e condições dele constantes. É o instrumento convocatório que dá validade aos atos administrativos praticados no curso da licitação, de modo que o descumprimento às suas regras deveria ser reprimido. Não pode a Administração ignorar tais regras sob o argumento de que seriam viciadas ou inadequadas. Caso assim entenda, deverá refazer o edital, com o reinício do procedimento licitatório, jamais ignorá-las. (STJ - MS nº. 13.005/DF, 1ª S., rel. Min. Denise Arruda, j. em 10.10.2007, DJe de 17.11.2008).”

Pelo exposto, opina pelo desprovemento do recurso interposto pela licitante S.M RESENDE CONSTRUTORA DE OBRAS EIRELI, na forma da fundamentação.

Por fim, ressalta-se que o presente arrazoado tem caráter meramente opinativo, não vinculado o administrador em sua decisão.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Nova Esperança do Sudoeste em 22 de janeiro de 2018.


EDSON ROSEMAR DA SILVA
Procurador Jurídico Municipal
OAB/PR 43.435