



**PARECER AJ Nº. 105/2017**

AO PREGOEIRO DO CRM-ES

Interessado: Sérgio Pazolini Marim

Assunto: Análise jurídica dos Recursos Administrativos interpostos pelas empresas Control Auditoria e Contabilidade e JK Auditores Independentes, em face da decisão proferida pelo Pregoeiro na Sessão de Pregão Presencial CRM-ES nº. 006/2017 – Auditoria Externa.

**EMENTA:** Licitação. Pregão Presencial. Desclassificação de empresas por apresentarem propostas inexequíveis. Revogação do Pregão. Recursos administrativos impugnando a desclassificação. Presunção relativa de inexequibilidade. Possibilidade de comprovação pela empresa licitante da exequibilidade da proposta. Recursos que merecem acolhida.

## 1. Relatório

Trata-se de requerimento de análise e manifestação jurídica formulado pelo Pregoeiro do presente certame licitatório, Sr. Sérgio Pazolini Marim, acerca dos Recursos Administrativos interpostos pelas empresas Control Auditoria e Contabilidade e JK Auditores Independentes nos dias 13/09/2017 e 15/09/2017, e registrados sob os protocolos de nº. 008508/2017 e 008592/2017, respectivamente.

Consoante se depreende da análise do Registro e Acompanhamento de Pregão, às fls. 448/451, as empresas Recorrentes, por ocasião da Sessão de Pregão Presencial CRM-ES nº. 006/2017, realizada no dia 12/09/2017 na sede deste Conselho, tiveram suas propostas desclassificadas pelo Pregoeiro sob o argumento de que as mesmas seriam inexequíveis, com base no que preceitua o art. 48, da Lei nº. 8.666/93.

Em seguida, considerando que as propostas apresentadas pelas demais empresas também haviam alcançado patamar inexequível, pois atingiram valor inferior a 70% (setenta por cento) do preço médio obtido para a contratação, o Pregoeiro declarou revogado o certame licitatório.

Irresignadas, as duas empresas inicialmente desclassificadas interpuseram recurso administrativo contra a decisão do Pregoeiro alegando, em síntese, que: a) o critério previsto pelo art. 48, § 1º, da Lei nº. 8.666/93 se refere tão somente às licitações para obras e serviços de engenharia, sendo que no caso vertente a licitação foi instaurada para a contratação de serviços de auditoria; b) já existe



entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União (Súmula nº. 262) segundo o qual a presunção de inexequibilidade da proposta é apenas relativa, devendo a Administração conceder à licitante oportunidade de demonstrar a exequibilidade de sua proposta; c) apesar desse entendimento, não foi concedida oportunidade às empresas licitantes para que as mesmas pudessem comprovar a exequibilidade de suas propostas, tendo sido desclassificadas sumariamente.

Assim, com base na suposta ilegalidade da decisão proferida pelo Pregoeiro, e amparando suas razões em farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, as Recorrentes postulam pela reforma da referida decisão para que sejam admitidas as propostas apresentadas e, com isso, seja dado prosseguimento ao procedimento licitatório em questão.

É o relatório.

## 2. Fundamentação

Conforme se observa do item 2.1 do Edital de Pregão Presencial CRM/ES nº. 006/2017, o procedimento licitatório em questão foi instaurado com o objetivo de contratar empresa especializada para a prestação de serviços de Auditoria Externa Independente no CRM-ES, com escopo contábil e financeiro, relativa aos exercícios financeiros de 2013, 2014, 2015 e 2016.

Autorizada a abertura do procedimento pelo Presidente do CRM-ES, Dr. Carlos Magno Pretti Dalapicola, foi feita pesquisa de preços no mercado mediante a solicitação de orçamentos de diversas empresas, do que resultou um preço médio de R\$ 82.135,00 (oitenta e dois mil, cento e trinta e cinco reais) para a contratação pretendida. (fls. 118/119).

Com base no valor orçado pelo Setor de Compras e Manutenção deste Conselho, o Pregoeiro, Sr. Sérgio Marim Pazolini, ao se deparar com as propostas apresentadas na Sessão de Pregão Presencial pelas empresas Control Auditoria e Contabilidade e JK Auditores Independentes, nos valores de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) e R\$ 43.800,00 (quarenta e três mil e oitocentos reais), respectivamente, considerou-as inexequíveis e as desclassificou do certame, não lhes abrindo prazo para que pudessem comprovar a exequibilidade das propostas em questão.

Asseverou o Pregoeiro, consoante se depreende do Registro e Acompanhamento de Pregão, que sua decisão estaria amparada pelo art. 48, da Lei nº. 8.666/93, *in verbis*:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;



II - propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, 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.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecutáveis, 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. (Grifo nosso)

Todavia, da análise do dispositivo acima transcrito conclui-se que, de fato, o critério previsto pelo § 1º refere-se tão somente às licitações para obras e serviços de engenharia, não podendo a Administração conferir interpretação extensiva à norma de acordo com seus próprios interesses.

Aliás, não se deve ignorar que nos termos do art. 37, da Constituição Federal, toda e qualquer conduta da Administração Pública deve estar pautada pelo princípio da legalidade, de modo que o administrador somente poderá atuar quando expressamente autorizado pela lei e nos exatos limites por ela previstos, sob pena de nulidade do ato praticado.

Assim, razão assiste às Recorrentes quando aduzem que *“A lei é clara ao prever que a regra do art. 48, parágrafo primeiro será utilizada apenas para obras e serviços de engenharia, não se aplicando ao presente caso, pois o mote do certame é a contratação de empresa para prestação de serviços intelectuais. Dessa forma, pela decisão administrativa ter se amparado equivocadamente na equação prevista no art. 48, parágrafo primeiro, a mesma se mostra passível de reforma.”* (fl. 465)

Ademais, ainda que assim não fosse, ou seja, ainda que se pudesse admitir a desclassificação das propostas apresentadas pelas Recorrentes por estarem em patamar inferior a 70% (setenta por cento) do preço médio orçado, tal desclassificação não poderia ter ocorrido de forma sumária, sem que fosse dado às licitantes oportunidade para comprovar a exequibilidade de suas propostas.

Essa conclusão pode ser obtida até mesmo a partir da análise do próprio art. 48, que em seu inciso II estabelece que serão considerados preços inexecutáveis *“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". (Grifo nosso)

Consoante se constata, a própria Lei nº. 8.666/93 exige que a inexecuibilidade da proposta seja declarada apenas depois de analisada a documentação pertinente, o que não se verificou na situação ora em apreço.

Esse entendimento já foi inclusive objeto de súmula pelo Tribunal de Contas da União:

Súmula nº. 262 – TCU: 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.** (Grifo nosso)

No mesmo sentido do enunciado acima transcrito são os Acórdãos proferidos pelo TCU:

Assim, o procedimento para a aferição de inexecuibilidade de preço definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas "a" e "b", da Lei 8.666/93 conduz a uma **presunção relativa de inexecuibilidade de preços.** Isso porque, além de o procedimento encerrar fragilidades, dado que estabelece dependência em relação a preços definidos pelos participantes, **sempre haverá a possibilidade de o licitante comprovar a sua capacidade de bem executar os preços propostos, atendendo satisfatoriamente o interesse da administração.** Nessas circunstâncias, **caberá à administração examinar a viabilidade dos preços propostos, tão somente como forma de assegurar a satisfação do interesse público,** que é o bem tutelado pelo procedimento licitatório. Por essas razões, tivesse o certame chegado a termo distinto, caberia ao licitante vencedor demonstrar a exequibilidade de seu preço, na eventualidade de a administração vislumbrar a possibilidade de estar comprometida a regular prestação do serviço contratado.  
(Acórdão TCU nº. 287/2008 – Plenário – Voto do Ministro Relator). (Grifo nosso)

1. A conciliação do dispositivo no § 3º do art. 44 da Lei nº 8.666/1993 com o inciso X do art. 40 da mesma lei, para serviços outros que não os de engenharia, tratados nos §§ 1º e 2º do art. 48 da Lei 8.666/1993, **impõe que a Administração não fixe limites mínimos absolutos de aceitabilidade de preços unitários, mas que faculte aos licitantes a oportunidade de justificar situação peculiar que lhes permita ofertar preços aparentemente inexecuíveis ou de questionar os valores orçados pela Administração.** 2. Verificado não houve prejuízo ao interesse público, dado o amplo caráter competitivo do certame, não se justifica a anulação da licitação se a autora da representação eximiu-se de demonstrar a exequibilidade de sua proposta."  
(Acórdão TCU nº. 363/2007, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler). (Grifo nosso)

A propósito do procedimento, ora anunciado, parece-me imperioso frisar, de início, que, nos termos legalmente estabelecidos, é prevista a desclassificação de proposta na licitação que tenham valor global superior ao limite estabelecido ou que apresentem preços manifestamente inexecuíveis, significando dizer



que, uma vez submetidos ao critério estabelecido no § 1º anteriormente transcrito, os preços que se situem em inexecutáveis, deverão, necessariamente, ser objeto de demonstração de viabilidade pela empresa que os ofertou, sob pena de, não logrando êxito nessa comprovação, ter desclassificada sua proposta.

(Acórdão TCU nº. 1.470/2005, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar). (Grifo nosso)

Licitação de obra pública: 1 – **Para o fim de cálculo de inexecutabilidade de proposta comercial, os critérios estabelecidos na Lei 8.666/1993 não são absolutos, devendo a instituição pública contratante adotar providências com vistas à aferição da viabilidade dos valores ofertados, antes da desclassificação da proponente.** Mediante auditoria realizada no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Amazonas – (Ifam), com o objetivo de fiscalizar obras do Programa de Trabalho “Funcionamento da Educação Profissional no Estado do Amazonas”, o Tribunal identificou possíveis irregularidades, dentre elas, a desclassificação sumária de empresa privada em processo licitatório no qual apresentara preço inferior em cerca de 25% da empresa que fora contratada. **Para o relator, o Ifam agira de modo indevido ao desclassificar a empresa que apresentara o menor preço sem lhe conferir oportunidade de comprovar a viabilidade de sua proposta, isso porque “os critérios elencados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, para definir a proposta inexecutável apenas conduzem a uma presunção relativa de inexecutabilidade de preços”.** Nesse cenário, para o relator, considerando que a empresa desclassificada houvera apresentado a melhor proposta, caberia ao Ifam diligenciar junto a tal pessoa jurídica, “de modo a comprovar a viabilidade dos valores de sua oferta, de modo que, ao não agir assim, a entidade contratou com preço mais elevado sem justificativa plausível para tanto”. Todavia, deixou de imputar responsabilidade pelo fato ao Diretor do Ifam, por não haver nos autos elementos que vinculassem sua conduta à adoção das medidas requeridas. Ainda para o relator, a lógica por trás disso é que medidas dessa natureza estariam afetas a setores operacionais, a exemplo da comissão de licitação, não competindo esse tipo de atribuição ao nível gerencial da entidade, na qual se insere o dirigente máximo. Assim, no ponto, votou pela não responsabilização do Diretor do Ifam, sem prejuízo que fossem sancionados os servidores diretamente envolvidos com a irregularidade, o que foi acolhido pelo Plenário.

(Acórdão TCU nº. 1857/2011, TC-009.006/2009-9, Rel. Min.-Subst. André Luis de Carvalho, 13.07.2011). (Grifo nosso)

A proposta de licitante com margem de lucro mínima ou sem margem de lucro não conduz, necessariamente, à inexecutabilidade, pois tal fato depende da estratégia comercial da empresa. **A desclassificação por inexecutabilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, após dar à licitante a oportunidade de demonstrar a executabilidade de sua proposta.** Representação de empresa participante de pregão eletrônico conduzido pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), destinado à contratação de serviços terceirizados e continuados de limpeza, asseio e conservação, apontara a desclassificação indevida da proposta da representante, sob alegação de inexecutabilidade de preços, fundamentada “apenas na informação de que a sua margem de lucro seria de 0,1%”. Realizadas as oitivas regimentais após a



suspensão cautelar do certame, o relator, alinhado à unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas, destacando a Súmula-TCU 262 segundo a qual “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”. Mencionou ainda outras deliberações do Tribunal no sentido de que “a desclassificação de proposta por inexequibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados” (grifos do relator). Sobre a questão da margem de lucro, o relator lembrou o Acórdão 325/2007-Plenário que, no seu entendimento, poderia ser aplicado para a contratação de serviços continuados: **“Dependendo da escolha da estratégia comercial, a empresa pode ser bem agressiva na proposta de preços, relegando a segundo plano o retorno do investimento considerado para o contrato ... As motivações para perseguir o sucesso em uma licitação em detrimento da remuneração possível pela execução da obra variam: a empresa pode estar interessada na obra específica por sinergia com suas atuais atividades; pode haver interesse em quebrar barreiras impostas pelos concorrentes no mercado ...; pode haver interesse em incrementar o portfólio de execução de obras da empresa; pode haver interesse na formação de um novo fluxo de caixa advindo do contrato ... Esses exemplos podem traduzir ganhos indiretos atuais para empresa ou mesmo ganho futuro, na ótica de longo prazo para o mercado. Assim, é possível que empresas atuem com margem de lucro mínima em propostas para concorrer nas contratações ..., desde que bem estimados os custos diretos e indiretos.”** Por fim, destacou o relator, **“não há norma que fixe ou limite o percentual de lucro das empresas”, de forma que “atuar sem margem de lucro ou com margem mínima não encontra vedação legal, depende da estratégia comercial da empresa e não conduz, necessariamente, à inexecução da proposta”**. O Tribunal, seguindo o voto da relatoria, considerou procedente a Representação e fixou prazo para a anulação do ato de desclassificação da proposta da representante.

(Acórdão TCU nº. 3092/2014-Plenário, TC 020.363/2014-1, Relator Ministro Bruno Dantas, 12.11.2014). (Grifo nosso)

Diverso não é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

**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 inexequibilidade 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 inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da**

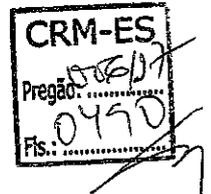




demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente 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). 4. Na hipótese dos autos, conforme se pode constatar na r. sentença e no v. acórdão recorrido, houve demonstração por parte da empresa classificada em primeiro lugar (LEÃO & LEÃO LTDA) e por parte do MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO de que a proposta apresentada por aquela era viável e exequível, embora em valor inferior ao orçado pela Administração. Conforme informações apresentadas pelo ora recorrido, 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". Além disso, a empresa vencedora vem prestando devidamente o serviço contratado, o que demonstra a viabilidade da proposta por ela apresentada durante o procedimento licitatório (fls. 92/109, 170/172, 195/200 e 257/261). Assim, considerando que as instâncias ordinárias, com base na interpretação do contexto fático-probatório dos autos, entenderam que houve a devida comprovação da viabilidade da proposta apresentada pela empresa classificada em primeiro lugar, não há como elidir a referida conclusão, sob pena de incorrer-se no óbice da Súmula 7/STJ. 5. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 11.044/RJ, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, consagrou entendimento no sentido de que, "se a licitante vitoriosa cumpriu integralmente (1ª Turma, DJ de 4.6.2001) e o contrato objeto de licitação, afasta-se logicamente a imputação de que sua proposta era inexecutável". 6. Recurso especial desprovido. (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). (Grifo nosso)

Da análise dos diversos Acórdãos cujas ementas foram acima transcritas, bem como do enunciado da Súmula nº. 262 do TCU, vislumbra-se que a questão da inexecutabilidade das propostas em sede de licitação já é uma tema pacificado perante os Tribunais Superiores, sendo entendimento uníssono que os critérios previstos pelo art. 48, da Lei nº. 8.666/93 são relativos, de modo que a Administração sempre deverá adotar providências no intuito de averiguar a viabilidade dos valores apresentados pelas licitantes antes de desclassificá-las.

Com fulcro nessas premissas, conclui-se que a irresignação das Recorrentes mostra-se correta, pois tiveram suas propostas desclassificadas pelo Pregoeiro de forma sumária, sem que pudessem comprovar a exequibilidade das mesmas, na contramão do entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça.



Dessa forma, esta Assessoria Jurídica opina pelo provimento dos Recursos Administrativos interpostos para que seja reformada a r. decisão proferida pelo Pregoeiro e, com isso, sejam admitidas as propostas apresentadas, dando-se prosseguimento ao Pregão Presencial CRM-ES nº. 006/2017 – Auditoria Externa.

Ressalvamos nesta oportunidade a possibilidade de o Pregoeiro, uma vez retomada a Sessão de Pregão Presencial e caso entenda necessário, abrir prazo às empresas Recorrentes e às demais participantes para que comprovem documentalmente a exequibilidade de suas propostas, podendo desclassificá-las na hipótese de as mesmas não lograrem êxito na demonstração.

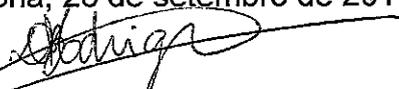
### 3. Conclusão

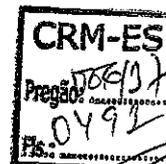
Diante do exposto, opinamos pelo provimento dos Recursos Administrativos tempestivamente interpostos pelas empresas Control Auditoria e Contabilidade e JK Auditores Independentes, para que seja retomado o Pregão Presencial CRM-ES nº. 006/2017 – Auditoria Externa, declarando-se classificadas as propostas apresentadas pelas Recorrentes. Ressaltamos, uma vez mais, que caberá ao Pregoeiro, uma vez retomada a Sessão de Pregão Presencial e caso entenda necessário, abrir prazo às empresas Recorrentes e às demais participantes para que comprovem a exequibilidade de suas propostas, as quais poderão vir a ser desclassificadas por decisão devidamente motivada caso as proponentes não se desincumbam de seu ônus.

Por derradeiro, sugerimos que as empresas sejam advertidas de que caso sejam vencedoras do certame e não cumpram os termos da proposta apresentada, estarão sujeitas às sanções previstas pelo art. 87, da Lei nº. 8.666/93.

É o parecer.

Vitória, 28 de setembro de 2017.

  
DIANNA BORGES RODRIGUES  
Advogada do CRM/ES  
Matrícula funcional nº. 2.135  
OAB/ES nº. 22.279



**CRM/ES – CPL – 29/09/2017**

**Ref.: Pregão Presencial CRM/ES 006/2017 – Auditoria Externa**

**DESPACHO**

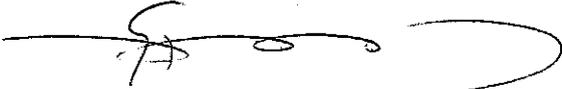
Tendo em vista os Recursos Administrativos interpostos pelas Empresas Control Auditoria e Contabilidade, bem como JK Auditores Independentes apresentados nos autos do Processo em epígrafe, e ainda, o teor do Parecer Jurídico CRM/ES AJ N.º 0105/2017, **DETERMINO:**

1. Acatar o referido Parecer, tendo que:
  - 1.1. Cancelar a revogação do certame;
  - 1.2. Classificar as empresas ora desclassificadas na Sessão (as supracitadas); e
  - 1.3. Reiniciar a etapa dos lances, dando novas oportunidades apenas às empresas participantes do certame.

2. Agendar uma nova Sessão para continuidade dos trabalhos, conforme item 1 deste Despacho, para o dia 11/10/2017 às 10h30m.

3. Publique-se.

Vitória/ES, 29 de setembro de 2017.

  
**SÉRGIO PAZOLINI MARIM**  
Pregoeiro do CRM/ES