

# LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

ILUSTRÍSSIMA SRA. PREGOEIRA DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ.

Seria possível reconhecer à pregoeira competência para impedir a continuidade da disputa, quando atingido valor reputado como mínimo para a exequibilidade do objeto? Ou seja, a pregoeira disporia de competência discricionária para determinar o encerramento da competição, por reputar que o limite de exequibilidade teria sido atingido?

**Pregão Presencial 005/2021**

**LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADO LTDA ME**, já qualificada nos documentos de credenciamento do certame em epígrafe, vem, respeitosamente, perante V.Sa., por seu representante legal infra-assinado, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**, em face da decisão que suprimiu a fase de lances, criando modalidade de julgamento do pregão não prevista em lei ou no Edital, conforme razões abaixo expostas:

Sem maiores delongas acerca da tempestividade ou da legitimidade da licitante em interpor o presente recurso passaremos diretamente à análise da decisão atacada.



## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

Após a abertura e classificação das propostas comerciais deu-se início à fase de lances, oportunizando-se à licitante HC TRANSPORTES E LOCAÇÃO EIRELI, oferecer lance, sendo que este ofereceu o valor de R\$151.227,79.

Em seguida a I. Pregoeira informou que este era exatamente o valor mínimo exequível estabelecido nos autos e que não seriam aceitos lances menores que este valor de R\$151.227,79!!!

Ou seja, a Administração, por meio da Pregoeira e sua equipe de apoio SUMARIAMENTE determinaram que qualquer proposta em valor inferior àquele ofertado pela empresa HC TRANSPORTES E LOCAÇÃO EIRELI, seria inexequível, sem qualquer oportunidade de prova em contrário.

**Assim, a licitante ora recorrente foi impedida de ofertar melhor proposta, com valor inferior ao estipulado e de comprovar sua exequibilidade.**

Como se não bastasse, a I. Pregoeira inovou o procedimento do Pregão Presencial de forma inimaginável, criou algo teratológico que não foi possível encontrar igual em qualquer pesquisa realizada na doutrina, na jurisprudência, nos órgãos de controle ou nas práticas administrativas.

Em seguida a Pregoeira deu a “oportunidade” das outras licitantes empatarem suas propostas com o valor mínimo considerado exequível.

Diante de tamanha arbitrariedade não havia outra saída aos licitantes, inclusive à recorrente, a não ser sucumbir, afim de que tivesse alguma chance em continuar a participar do certame.



## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

Com o empate, algo que seria impossível de ocorrer na fase de lance dos pregões, foi realizado sorteio e considerada vencedora a licitante que sorteou o maior numeral, classificando-se as demais propostas conforme o numeral sorteado na ordem decrescente.

Isso mesmo!

Na fase de lances, repete-se: na fase de lances(!), do pregão presencial nº 005/2021 da Câmara Municipal de Guarujá, foi considerada vencedora a proposta da licitante que foi sorteada com o maior numeral de 1 à 6.

Evidentemente o procedimento criado pela pregoeira e sua equipe de apoio não possui qualquer cabimento, por violar os princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da competitividade e da eficiência.

Indaga-se:

**Seria possível reconhecer à pregoeira competência para impedir a continuidade da disputa, quando atingido valor reputado como mínimo para a exequibilidade do objeto?**

**Ou seja, a pregoeiro disporia de competência discricionária para determinar o encerramento da**



**LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA**  
**competição, por reputar que o limite de**  
**exequibilidade teria sido atingido?**

Responderemos abaixo!

A desclassificação sumária de proposta comercial por considera-la inexecuível, sem oportunizar o contraditório, é ilegal.

A fixação de preço-base, piso eliminatório ou valor mínimo, abaixo do qual as propostas sejam automaticamente desclassificadas é ilegal.

A supressão da fase de lances é ilegal.

A criação de procedimento de julgamento diverso do previsto em lei (sorteio) ou no Edital, é ilegal.

Dispõe a Lei 8.666/93:

Art. 48. Serão desclassificadas:

[...]

II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecuíveis, 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.

# LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

Note-se que a desclassificação por inexecuibilidade não se dará de forma sumaria, em todos os casos será oportunizado ao licitante à comprovação da exequibilidade do preço ofertado, considerando aquele praticado no mercado.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a interpretação do dispositivo 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,



## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

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).

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)

Corroborando deste entendimento o renomado doutrinador Marçal Justen Filho:


## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

Como é vedada 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 inexequível a proposta de valor inferior, cabendo ao licitante o encargo de provar o oposto (JUSTEN FILHO, 2010, p. 609).

Portanto, a legislação estabelece parâmetros de inexequibilidade dos preços, devendo ser oportunizado ao licitante a oportunidade de comprovação da exequibilidade da proposta.

Trata-se, ainda, de assegurar o cumprimento do interesse público com economia de recursos. Uma vez que o equívoco pode não ser na proposta baixa do licitante, mas, sim, na estimativa elaborada pela Administração.

A qualidade do valor orçado pela Administração é questão de destacada pelo notável Prof. Carlos Motta, para a aferição da proposta apresentada na licitação:

Destarte, e em resumo, o critério descrito no art. 48, notadamente, no § 1º, almeja aferir parâmetros de concretude, seriedade e firmeza da proposta. A consecução desse objetivo dependerá certamente da fidedignidade do valor orçado pela Administração, base de todo o cálculo. (MOTTA, 2008, p. 534)


## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

Comprovada a exequibilidade da proposta através da apresentação da documentação pertinente, deverá o licitante seguir na disputa, se o valor proposto for 80% inferior ao limite de exequibilidade estabelecido em lei, deveria prestar garantia adicional da execução, conforme estabelece o § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93:

§ 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.

O artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/93 dispõe ainda sobre o critério de aceitabilidade dos preços. O dispositivo veda a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação aos preços de referência.

Desse modo, o legislador intenciona evitar o preço-base, banir o piso eliminatório, ou seja, impedir que os editais prevejam um valor mínimo abaixo do qual as propostas sejam automaticamente desclassificadas.

Por outro giro, a decretação da inexequibilidade de uma proposta no processo licitatório pode trazer igualmente prejuízos significativos aos cofres públicos, e diante da impossibilidade de o Estado eliminar propostas vantajosas para os interesses sob sua tutela, o ato de desclassificação sob este fundamento é manifestamente ilegal.





## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

No entendimento do Tribunal de Contas da União, a exclusão do certame de proposta passível de demonstração de exequibilidade constitui falta grave, visto que os fatores externos que oneram a produção incidem de maneira diferente sob cada empresa, a depender da situação empresarial, facilidades ou dificuldades que permeiam nas negociações.

18. Não bastasse essa grave falha, verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexecuibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra), o juízo de inexecuibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque 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 estimativa 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.

19. Em vista dessas ocorrências, restou prejudicado o contratante que poderia ter obtido melhor preço e, conseqüentemente, uma proposta mais vantajosa.



# LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

(Acórdão 1.248/2009 Plenário, rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti).

Como visto, tanto o legislador quanto o Tribunal de Contas da União, muito sabiamente, manifestaram-se no sentido de evitar a desclassificação sumária das propostas sem a oportunidade de comprovação de exequibilidade do valor ofertado.

Isso porque, é inegável que existe uma grande dificuldade na identificação do patamar mínimo de exequibilidade. A Administração não dispõe de condições precisas e exatas sobre os custos do particular ou sobre suas possibilidades de executar o contrato.

Têm-se, portanto, a questão da variação dos custos, motivo pelo qual o Poder Judiciário e os tribunais de contas veem o tema inexecutabilidade como uma questão relativa, trata-se da relatividade dos diferentes fatores econômicos, dos agentes atuantes sobre uma mesma atividade, o que impossibilita a determinação de uma regra padrão.

No que se refere aos custos com insumos ou estrutura operacional, uma proposta pode perfeitamente ser exequível para uma empresa e não ser para outra.

Sendo assim, a análise da inexecutabilidade das propostas com base apenas nas condicionantes e percentuais expressos em lei mostra-se totalmente insuficiente, visto a relatividade como o tema já é pacificamente tratado, utilizar como parâmetro somente práticas usuais de mercado, exclui os demais fatores incidentes sob a atividade empresária.

Assim, quanto ao impedimento de oferecimento de lances, parece-nos definitiva a conclusão de que, nos termos da Lei do Pregão e dos decretos regulamentadores, a análise da aceitabilidade da


## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

proposta deve ser feita após a fase competitiva do certame, senão vejamos:

- Lei 10.520

“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, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

- Decreto 3555/2000

“Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito;”

- Decreto 5.450/2005

“Art. 25 Encerrada a etapa de lances, o pregoeiro examinará a proposta classificada em primeiro lugar quanto à compatibilidade do preço em relação ao estimado para contratação e verificará a habilitação do licitante conforme disposições do edital.”

Extrai-se, portanto, dos dispositivos, que a análise da proposta deve ser feita após a fase de lances.

## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

A contrario sensu, o exame da exequibilidade não deve ocorrer durante a etapa competitiva, a não ser em casos extremos, onde se perceba, por exemplo, evidente erro de digitação.

Apenas em situações excepcionais admite-se a desclassificação da proposta quando os preços ofertados configurarem “valor irrisório” (na dicção do § 3º do art. 44 da Lei 8.666/1993), gerando uma presunção absoluta de inexequibilidade. Quando da prolação do Acórdão 2068/2011-TCU-Plenário, o tema foi abordado no voto do relator, Ministro Augusto Nardes:

“15. Como se vê, em licitação para contratação de serviços comuns, como é o caso, a Lei de Licitações não define critérios objetivos para aferição da exequibilidade das propostas. Cabe ao administrador público exercer tal tarefa com cautela, sob pena de eliminar propostas exequíveis que à primeira vista se mostrem inviáveis, em descompasso com a busca pela proposta mais vantajosa e, por consequência, com o princípio da economicidade.

16. Exceto em situações extremas nas quais se veja diante de preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, a teor do § 3º do art. 44, **a norma não outorga à comissão julgadora ou ao pregoeiro poder para desclassificar proposta sem que esteja demonstrada, no procedimento licitatório, a incompatibilidade entre os custos dos insumos do proponente e os custos de mercado, bem como entre os seus coeficientes de produtividade e os necessários à execução do objeto.** É esta a inteligência a ser extraída da leitura do referido comando, combinado com a disciplina do art. 48, inciso II.”

Junte-se a tudo isso o entendimento de que não cabe ao pregoeiro fazer juízo acerca da exequibilidade da proposta sem que o licitante seja convocado para se pronunciar. A jurisprudência do TCU é firme nesse sentido:

# LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

- Acórdão 1079/2009-TCU-Segunda Câmara, Relator  
Ministro Benjamin Zymler:

“13. Ademais, conforme consulta no website da Infraero efetuada pelo analista-instrutor, observo que a Infraero tomou as providências necessárias, diligenciando a empresa vencedora, a fim de averiguar a viabilidade econômico-financeira da proposta comercial.



14. Destaco que tal providência coaduna-se com a jurisprudência consolidada desta Corte de Contas no sentido de que **não cabe à comissão de licitação ou ao pregoeiro declarar a inexecuibilidade da proposta da licitante, devendo facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade de suas propostas.**”

- Acórdão 559/2009-TCU-Primeira Câmara, Relator  
Ministro Augusto Nardes:

**“Nos termos da jurisprudência do TCU, não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexecuibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas. [...] Também não há nos Decretos nº s 3.555/2000 e 5.450/2005, que regem o pregão, dispositivo específico tratando de inexecuibilidade de preços.**

11. Diante desta lacuna, não cabe ao pregoeiro estipular, de maneira subjetiva, critérios de exequibilidade de preços, uma vez que não há espaço para subjetivismos na condução dos certames públicos (art. 44, § 1º, da Lei de Licitações) .

12. Para essas situações, já decidiu esta Corte que não cabe ao pregoeiro ou à comissão de licitação declarar a inexecuibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas (Acórdão 1100/2008-TCU-Plenário) ”.



# LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

- Acórdão 1248/2009-TCU-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti

“ (...) verificou-se que não foi dada ao licitante desclassificado por inexecuibilidade a oportunidade de demonstrar a viabilidade de sua oferta. Essa impropriedade também se afigura grave porque, como firmado na doutrina afeta à matéria e na jurisprudência desta Corte (vide relatório supra) , o juízo de inexecuibilidade de uma proposta não é absoluto, mas admite demonstração em contrário. Isso, porque 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 infra-estrutura, 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”.

Portanto, é o licitante quem deve comprovar a exequibilidade de sua oferta, e não a Administração, sem ouvir a empresa, quem deve desconsiderar a proposta.

Vejamos o que diz a respeito Marçal Justen Filho (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico – 6ª Edição, pp. 177-178) :

“Incumbe ao pregoeiro incentivar os licitantes a realizar ofertas, dinamizando a disputa. Mas seria possível reconhecer-lhe competência para impedir a continuidade da disputa, quando atingido valor reputado como mínimo para a exequibilidade do objeto?

## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

Ou seja, o pregoeiro disporia de competência discricionária para determinar o encerramento da competição, por reputar que o limite de exequibilidade teria sido atingido? A resposta tem de ser negativa, mesmo que existam informações verbais em sentido oposto, divulgadas por órgãos públicos.

O pregoeiro não é titular de competência discricionária para avaliar a viabilidade da execução de certa prestação ofertada por um particular. Lembre-se que a temática da inexecuibilidade sempre atormentou a Administração Pública e, mesmo nas licitações na Lei nº 8.666, não se encontrou fórmula satisfatória para enfrentar o problema. A ressalva é relevante porque, nas demais modalidades licitatórias, a comissão de licitação dispõe de tempo e recursos materiais para promover diligências orientadas a apurar a viabilidade da execução da proposta. A despeito disso, sempre se aponta a ausência de suficientes informações para uma conclusão séria e motivada da comissão, mesmo quando o procedimento comporta investigações mais aprofundadas. A situação do pregoeiro é muito pior: tem o dever de decidir de imediato, sem possibilidade de exame maior acerca da estrutura de custos do licitante. Nem lhe é possível promover qualquer diligência. A escolha acerca do limite mínimo de exequibilidade, fundada em avaliações subjetivas, retrataria inevitável juízo arbitrário do pregoeiro. Isso seria incompatível com a natureza da atividade administrativa num estado Democrático de Direito.”

Prosseguindo, é oportuno registrar que o edital estabelece que a responsabilidade pelo lance é do licitante:

“14.2 – A desistência da proposta, lance ou oferta, dentro do prazo de sua validade, a não apresentação da Proposta readequada e da Planilha de Composição de Custos readequada no prazo estabelecido ou a não regularização da documentação de regularidade fiscal no prazo previsto, ou a recusa em assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e

## LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

condições estabelecidos, ensejarão a cobrança pela Câmara Municipal de Guarujá, por via administrativa ou judicial, de multa até 30% (trinta por cento) do valor total da proposta, lance ou oferta, sem prejuízo da aplicação da penalidade prevista no subitem 14.1.1.”

O dispositivo se amolda perfeitamente à conclusão de que a exclusão de lances deve ser feita somente em situações excepcionais. A oferta é de responsabilidade do licitante, que deve assumi-la como firme e verdadeira. A apresentação de proposta que a licitante sabe que não será honrada deve ser resolvida pela Administração de outra forma, a exemplo do previsto no próprio Edital.

Valemo-nos mais uma vez de Marçal Justen Filho (Pregão – Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico – 6ª Edição, pp. 181-182) :

“A tendência deste comentarista é afastar o problema da inexequibilidade, não apenas no âmbito do pregão, mas em qualquer licitação. **A formulação de proposta inexequível é problema particular do licitante, que deve resolver-se ou através da punição exemplar (quando a proposta não for honrada) ou no âmbito da repressão a práticas de abuso de poder econômico (quando o sujeito valer-se de seu poder econômico para infringir a competição econômica leal) .**

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 fundamento de ser muito reduzida. Ao ver do autor, a inexequibilidade 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.”

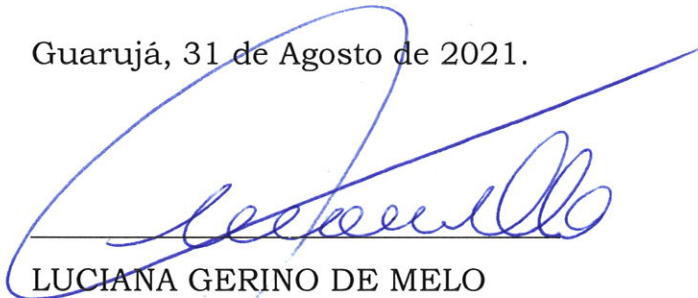


# LIFEGUARDA SERVIÇOS PERSONALIZADOS LTDA

Resta evidente e cristalino que as decisões tomadas pela I. Pregoeira são ilegais e devem ser anuladas, refazendo-se todos os atos do Pregão, desde a classificação das propostas.

Termos em que;  
Pede Provimento.

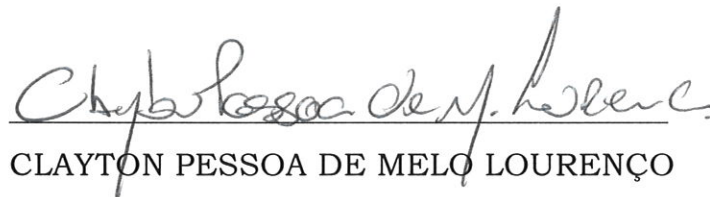
Guarujá, 31 de Agosto de 2021.



LUCIANA GERINO DE MELO

Sócia Administradora

CPF Nº 172.399.648-33



CLAYTON PESSOA DE MELO LOURENÇO

Representante

OAB/SP 213.868