

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
PROCURADORIA - UFAL
MACEIÓ - REITORIA DO CAMPUS A.C. SIMÕES

NOTA n. 00066/2015/PROC/PFUFAL/PGF/AGU

NUP: 23065.012274/2015-87

INTERESSADOS: INSTITUTO DE CIENCIAS BIOLÓGICAS E DA SAUDE- UFAL

ASSUNTOS: TOMADA DE PREÇOS

Magnífico Reitor da Universidade Federal de Alagoas,

1. Retornam a esta procuradoria os autos do processo em epígrafe, nos quais se discute a possibilidade de se afastar o cumprimento do disposto no art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, em nome do princípio da supremacia do interesse público.
2. A discussão teve início quando se constatou que as 3 (três) empresas habilitadas na Tomada de Preços nº 02/2015 haviam deixado de cumprir, por duas vezes, na apresentação de suas propostas, as determinações do edital no tocante à composição dos preços.
3. Tendo as referidas empresas sido desclassificadas, foi-lhes concedido o prazo de 8 (oito) dias para a apresentação de novas propostas, escoimadas das causas que levaram à desclassificação, nos termos do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93. Ocorreu, contudo, que as empresas, ainda uma vez, apresentaram propostas em desacordo com o edital (notadamente quanto ao item 10.12.6).
4. Na ocasião, porém, o setor de engenharia da UFAL produziu manifestação (fls. 1765-1766) alegando que as inconformidades “não comprometem a proposta de preço apresentada, assim como também não interferem no valor da proposta, visto que a licitação é por menor preço global”.
5. Confrontada com a questão, a Comissão Permanente de Licitação da UFAL, manifestou-se do seguinte modo, às fls. 1767-1770:

“Diante do panorama em tela, a Comissão Permanente de Licitação encontra-se em dúvida acerca da decisão a ser tomada. Se segue o parecer técnico, relativizando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório em favor da escolha da proposta mais vantajosa e da supremacia do interesse público, e considera todas as propostas classificadas; se desclassifica todas as propostas e considera a licitação fracassada; ou se, numa terceira hipótese, abre novo prazo de 08 dias úteis para a apresentação de novas propostas escoimadas das causas que as desclassificaram.”



6. Os autos então vieram a esta Procuradoria, que, ao analisar o caso, pronunciou-se no sentido de que não pode nem deve a Administração afastar o cumprimento de norma explícita (nesse caso, o inciso I do art. 48 da Lei nº 8.666/93) em nome da realização dos princípios da supremacia do interesse público e da eficiência, pois o princípio da legalidade estrita a tanto não a autoriza.

7. Consulte-se o trecho final do Parecer nº 272/2015/PROC/PFUFAL/PGF/AGU:

"Como o art. 48, § 3º, não autoriza uma nova concessão de prazo aos licitantes, e como a obediência à lei (nesse caso, ao art. 48, inciso I, da Lei nº 8.666/93) é a obrigação maior do administrador público, cumpre à Comissão de Licitação o duro dever de declarar fracassada a licitação, diligenciando (pois não lhe resta alternativa) no sentido de colocar em marcha novo processo licitatório."

8. Inconformada com o entendimento da Procuradoria, a SINFRA, na pessoa de sua Superintendente, volta à carga (fls. 1776), oferecendo argumentos favoráveis ao prosseguimento do trâmite e sugerindo a classificação das três empresas que descumpriram o edital.

9. Dentre os argumentos apresentados, dois se destacam: a) a necessidade de, num novo processo licitatório, orçar novamente o objeto do certame, o que "causaria um prejuízo ao erário de R\$ 110.163,32 (cento e dez mil, cento e sessenta e três reais e trinta e dois centavos)", e b) os prejuízos à comunidade acadêmica decorrentes do atraso da obra, que, ultrapassada a data para o empenho (04/12/2015, segundo informações da própria Superintendente), somente poderia ser novamente empenhada em 2016, "depois que o orçamento for aprovado e que o MEC liberar as novas cotas de empenho".

10. Foram juntados aos autos os documentos de fls. 1777-1788, organizados da seguinte forma: a) manifestação da Comissão Permanente de Licitação (fls. 1777-1780) e b) Relatório da Secretaria de Controle Interno da Controladoria Geral da União (fls. 1781-1788), este último juntado com a finalidade de evidenciar, no entendimento da Superintendente de Infraestrutura, a possibilidade de afastar o cumprimento do art. 48, inciso I, da Lei nº 8.666/93 em nome da supremacia do interesse público.

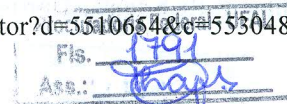
11. É o relatório. Opino.

12. Embora razoáveis os argumentos e dados expostos pela Superintendente de Infraestrutura, e reconhecida também a fundamental contribuição da Comissão Permanente de Licitação, é indispensável destacar aqui que a atribuição desta Procuradoria, ao analisar o processo, é a de aconselhar a Administração do ponto de vista meramente JURÍDICO.

13. Com efeito, não cabe a esta Procuradoria, mormente num caso como o presente, dizer à Administração o que deve ou não fazer, ou que vantagens ou desvantagens (práticas, financeiras ou administrativas) podem advir de sua conduta, caso leve em consideração critérios outros que não os estritamente normativo-legais. Considerações deste jaez, evidentemente, inserem-se exclusivamente dentro da esfera de competência dos gestores públicos.

14. Cumpre a esta Procuradoria, portanto, manifestar-se apenas quanto à VIABILIDADE JURÍDICA de determinados atos, condicionando tal viabilidade, evidentemente, à obediência à Lei, esteio maior do Estado de Direito.

15. Feita esta ressalva inicial, cumpre a esta Procuradoria reproduzir aqui, como introdução da resposta que se lhe seguirá, o mais recente questionamento da Comissão Permanente de Licitação, que, em sua manifestação de fls. 1777-1780, assim indaga:



"Diante de todo o exposto, fica a questão: qual posicionamento adotar? Considerar a manifestação do setor de engenharia da UFAL (fls. 1765-1766) e seguir a orientação da CGU no sentido de abster-se de desclassificar todos os licitantes quando a falha encontrada na proposta não for substancial ou não trazer prejuízo à Administração ou aos proponentes? Adotar o entendimento de Cláudio Sarian Altounian, do TCU e da Procuradoria Federal da UFAL (Parecer nº 00272/2015/PROC/PFUFAL/PGF/AGU), desclassificando todas as propostas por não terem apresentado as composições de preços unitários de acordo com as disposições do edital? Como se nota, há uma instabilidade jurídica em torno da questão."

16. Com a devida vênia para com o entendimento da Comissão de Licitação, há, sim, uma instabilidade em torno da questão, mas ela não é jurídica. Juridicamente, a questão está absolutamente pacificada, inclusive com jurisprudência do TCU, que a própria Comissão trouxe aos autos. Permitimo-nos, portanto, reproduzir trecho da manifestação da Comissão, no qual se refere o entendimento do TCU:

"O TCU vai mais além e, com base no art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, recomenda a desclassificação da proposta que não guarde consonância com o edital, incluindo-se a obrigatoriedade de apresentação da composição de todos os custos unitários, ainda que aparentemente mais vantajosa para a Administração, sob pena de imposição de penalidade aos membros da CPL e a gestores que não promoverem a desclassificação:

'10. Saliente-se, no entanto, que o julgamento das propostas está estritamente vinculado a critérios e fatores estabelecidos no ato convocatório, devendo ser objetivo e realizado conforme as normas e princípios estabelecidos na Lei de Licitações, a fim de garantir transparência ao procedimento.

11. Desse modo, ainda que aparentemente mais vantajosa à Administração, a proposta que não guardar consonância com o edital deverá ser desclassificada em atenção ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993, por meio de decisão motivada, registrada em ata.

12. E, no caso em apreço, verifica-se que a CPL se ateu ao prescrito no item 15.4 dos editais de licitação, verbis:

"(...) 15.4. Os licitantes deverão, obrigatoriamente, apresentar planilhas de 'composição do preço unitário', conforme modelo constante do(s) anexo(s) para os itens constantes da planilha de quantidades e preços unitários (preencher o quadro nº 8)".

13. Nessa linha, a teor do disposto no art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666, de 1993, deve ser verificada a adequação das propostas às exigências fixadas no instrumento convocatório, guardando-se observância ao princípio da vinculação ao edital, previsto nos arts. 3º e 41 da mencionada lei, "promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis com os requisitos do edital ou com os preços de mercado" (v. Acórdão 1.438/2004-2ª Câmara).

[...]

16. Ressalto, por fim, que, em julgados desta Corte, a inobservância a dispositivos do edital, incluindo-se a obrigatoriedade de apresentação da composição de todos os



custos unitários, tem, por vezes, levado à imposição de penalidade aos membros da CPL e a gestores que não promovem a desclassificação das propostas desconformes com o instrumento convocatório, em desacordo com o art. 41 da Lei de Licitações (v.g. Acórdãos 1.291/2007-Plenário e 1.060/2009-Plenário).”

17. Nas decisões acima, vê-se claramente que ao TCU não preocupa a aparente vantagem que a Administração possa obter ao não desclassificar uma empresa que, juridicamente, deveria ser desclassificada. Pelo contrário: para o TCU, “ainda que aparentemente mais vantajosa à Administração, a proposta que não guardar consonância com o edital deverá ser desclassificada em atenção ao disposto no art. 48, inciso I, da Lei nº 8.666, de 1993 [...]”

18. Nessa mesma linha, como muito bem referiu a Comissão de Licitação, trazendo ao debate o pensamento de Cláudio Sarian Altounian, titular da Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União – SECOB, o menor preço não assegura necessariamente a proposta mais vantajosa, daí avultando a importância da exatidão e correção dos preços unitários. Segundo Sarian, a análise dos preços unitários é importante “a fim de evitar problemas futuros, seja por antecipação de pagamentos, seja por pagamento de aditivos superfaturados.”

19. Ainda que se apele, em último grau, para o princípio da eficiência, há que se reconhecer, novamente com a Comissão de Licitação, dessa vez amparada no entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, 26ª. ed., p. 32), que a eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. Esta última, sim, tem caráter eminentemente positivo e se identifica com o resultado obtido, mas a primeira diz respeito apenas ao modo pelo qual se processa a atividade administrativa (que, por esse raciocínio, pode ser mais ou menos eficiente). A eficácia, a seu turno, ainda no dizer de José dos Santos Carvalho Filho, “tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração”, sendo tipicamente instrumental.

20. A conclusão a que chega o doutrinador, e com total razão, é a de que nem sempre o ato eficiente é eficaz, e nem sempre o ato eficiente e eficaz é efetivo. A efetividade, fim último (e fundamentalmente mais amplo) da boa gestão administrativa, não se garante pelo recurso à eficiência, que, aliás, se inconsideradamente aplicada, pode produzir resultados não desejados. A efetividade se alcança pela coordenação entre os vários princípios de direito e as regras que, a par com eles, conferem sustentação à ação administrativa. Daí o não ser possível amparar-se a Administração sob o manto da eficiência para justificar o afastamento da legalidade, mesmo que esta se mostre pouco atrativa em termos de resultados.

21. Como dissemos, não há que se discutir mais (juridicamente, bem entendido) a questão posta nos autos. Não é possível, tornamos a dizer, afastar a aplicação do art. 48, I, da Lei nº 8.666/93, em nome da aplicação do princípio da supremacia do interesse público.

22. Por outro lado, a fim de que não se diga que a Procuradoria optou por apartar-se da realidade prática, é imperioso reconhecer a importância dos argumentos da Superintendente de Infraestrutura.

23. Com efeito, parece não haver dúvida de que a declaração do fracasso da presente licitação ocasionará prejuízos acadêmicos e, sobretudo, financeiros, para a Administração (nesse ponto, pensamos que a Superintendente de Infraestrutura deveria demonstrar o prejuízo, e não apenas referi-lo, como o fez às fls. 1776, sem trazer aos autos qualquer prova documental nesse sentido).

24. Ocorre, contudo, como já dissemos, que os prejuízos referidos pela Superintendente de Infraestrutura não entram e não devem entrar na ordem de consideração desta Procuradoria, que tem como finalidade, como também já se disse, apenas o aconselhamento jurídico da Administração.



25. Sequer pode a Procuradoria fiar-se da recomendação da Controladoria Geral da União, que, segundo se depreende do documento de fls. 1781-1788, analisou caso ligeiramente diferente do ora discutido. Naquele, com efeito, a empresa que apresentou o menor preço foi desclassificada por descumprimento do edital quanto à composição dos preços unitários, tendo a UFAL convocado a segunda empresa classificada. A empresa convocada, por sua vez, tendo apresentado preço mais elevado que o da primeira, foi contratada sem que se tivesse tentado qualquer desconto.

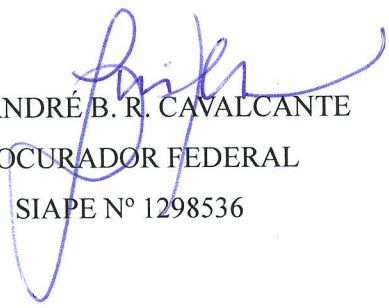
26. No caso ora analisado, como se viu, não há segundo lugar a ser chamado, nem terceiro. Ou por outra: não há segundo colocado com preço mais alto que recomende a manutenção da classificação do primeiro colocado, ainda que sua proposta tenha apresentado equívocos não substanciais. Ainda que quiséssemos atermo-nos às orientações da CGU, pensamos que, aqui, elas não devem prevalecer: em primeiro lugar, porque resultam da análise de um caso específico (não se sabe se a CGU pensaria do mesmo modo a respeito do caso ora sob análise), e segundo porque a orientação da CGU conflita com a orientação do TCU, devendo, por óbvio, ceder-lhe a primazia.

27. Por todo o exposto, ESTA PROCURADORIA MANTÉM O ENTENDIMENTO EXARADO NO PARECER N° 272/2015/PROC/PFUFAL/PGF/AGU, reconhecendo, entretanto, englobar-se na esfera de competência da autoridade máxima desta Universidade o poder de, justificadamente, consoante previsão do art. 50, VII, da Lei de Processo Administrativo, afastar o entendimento ora exposto para, fundada na recomendação da Superintendente de Infraestrutura, decidir pela classificação das empresas até agora desclassificadas.

28. Nesse último caso, esta Procuradoria recomenda que a Superintendente de Infraestrutura traga aos autos, por imprescindível, a efetiva demonstração do prejuízo que a declaração do fracasso da licitação trará para a UFAL. A nosso ver, somente ela poderá justificar, ao menos do ponto de vista financeiro (mas não do ponto de vista jurídico), o afastamento da legalidade estrita, traduzida, no presente caso, pelo cumprimento do art. 48, I, da Lei n° 8.666/93.

29. Ao gabinete reitoral, para as considerações.

Maceió, 03 de dezembro de 2015.


LUIZ ANDRÉ B. R. CAVALCANTE
PROCURADOR FEDERAL
SIAPE N° 1298536

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23065012274201587 e da chave de acesso b911bd53