

**JUSTIÇA FEDERAL DE 1ª INSTÂNCIA/SEÇÃO JUDICIÁRIA DE
SÃO PAULO - LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO
DE MANUTENÇÃO EM SISTEMAS DE DETECÇÃO E ALARME
DE INCÊNDIO
Representação**

Ministro-Relator Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça

Grupo II - Classe VII – Plenário

TC-006.093/2000-7

Natureza: Representação

Órgão: Justiça Federal de 1ª Instância – Seção Judiciária de São Paulo

Interessada: Fátima Tadei Silvestre - ME

Ementa: Representação. Licitação para contratação de serviço de manutenção em sistemas de detecção e alarme de incêndio. Arguição acerca da inexequibilidade da proposta de preços da licitante vencedora, além da desconformidade da oferta com as exigências do edital. Considerações sobre a matéria, à luz dos fatos e das disposições da Lei nº 8.666/93. Improcedência das alegações. Ciência à interessada. Arquivamento.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução de fls. 119/122, da lavra do Analista Antônio Carlos Merlim, com a qual se manifestaram de acordo o Diretor e o Secretário da SECEX/SP.

Parecer da Unidade Técnica

“Trata-se de expediente encaminhado pela empresa Fátima Tadei Silvestre - ME, contendo peça denominada Mandado de Segurança com Pedido de Liminar contra ato da Comissão Permanente de Licitação da Justiça Federal de 1ª Instância - Seção Judiciária do Estado de São Paulo, referente ao processo de Tomada de Preços nº 3/2000. A referida peça foi autuada como representação nos termos do art. 37-A, inciso VII, da Res. TCU nº 77/96.

2.A empresa participou de licitação para prestação de serviços de manutenção preventiva, corretiva e suporte técnico em sistemas de detecção e de alarme de incêndios em instalações daquele órgão. Não logrando sucesso com sua proposta, apresentou recurso à Comissão de Licitação suplicando a desclassificação das demais licitantes, alegando a apresentação de propostas em desacordo com exigências do edital e inexequibilidade do preço da empresa declarada vencedora. Negado provimento, inconformada, recorre a este Tribunal com as seguintes queixas:

a) que a CPL, ao examinar o recurso, cometeu erro de cálculo em relação ao parâmetro de inexequibilidade dos preços;

b) que a CPL não levou em consideração o fato de que as empresas não apresentaram, integralmente, planilha de peças sujeitas a substituição, exigida pelo edital.

3. Examinando os fatos, com base nas informações contidas nos autos, foram apresentadas três propostas: Active Engenharia Ltda., R\$ 1.869,88; Hidelma Hid. Elet. Manut. Ltda., R\$ 6.175,22; Fátima Tadei Silvestre ME, R\$ 9.250,00. O valor previamente orçado pelo órgão foi de R\$ 6.200,25 (Nota: os valores são mensais).

4. De acordo com o parágrafo 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, 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% do menor valor entre: a) a média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração; b) o valor orçado pela Administração.

5. Fazendo as contas, a média aritmética dos preços superiores a 50% do valor orçado pela administração é igual a R\$ 7.712,61, que é superior ao valor do orçamento, R\$ 6.200,25, devendo ser este último tomado como base para aplicação do percentual de 70%, resultando no parâmetro de R\$ 4.340,17. As propostas com preços inferiores a este valor seriam, conseqüentemente, desclassificadas por inexequibilidade. É o caso, então, da proposta da empresa Active Engenharia Ltda., de R\$ 1.869,88, conforme reclamado pela representante.

6. Entretanto, indeferindo o recurso, a Comissão Permanente de Licitação tomou, inexplicavelmente, como média dos preços, para cálculo do parâmetro de inexequibilidade, o valor de R\$ 2.570,93, sobre o qual foi aplicado o percentual de 70%, resultando no parâmetro de R\$ 1.799,65, inferior portanto ao preço apresentado pela empresa Active Engenharia Ltda., classificando sua proposta.

7. Por outro lado, quanto à alegação de que as licitantes não teriam atendido ao disposto no item 3.2.2 do edital, que exige a apresentação de tabela de preços das peças, equipamentos e componentes que possam vir a ser trocados nas manutenções corretivas e preventivas (cujos custos são de responsabilidade da contratante), a Comissão Permanente de Licitação faz lembrar que o item 3.2.2.1 do edital ressalva que 'as peças, equipamentos e componentes que não constarem na tabela de preços serão considerados como já inclusos no preço mensal a ser pago pela contratante', motivo pelo qual a omissão de itens não ensejaria desclassificação (fl. 15).

8. Portanto, a questão pendente de solução encontra-se no critério de cálculo de inexequibilidade aplicado pela Comissão Permanente de Licitação, o que, de imediato, implicaria provimento em parte à presente representação. Entretanto, não desprezando a possibilidade de existência de outros dados e/ou informações não coligidos nestes autos, foi procedida preliminarmente diligência ao órgão para que o responsável pudesse se manifestar acerca do ocorrido (fl. 61).

9. Atendendo à diligência, a Justiça Federal reconhece o erro cometido. No expediente encaminhado, podemos ler: 'Verificamos, do exame de fls. 271 a 272 dos autos – contra-razões de recurso administrativo – que os ínclitos julgadores, ao

aplicar os ditames do parágrafo 1º do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, equivocaram-se na interpretação dos cálculos matemáticos ali dispostos'. Mais adiante: 'O valor de R\$ 2.570,93 – tido como a média dos preços –, ao que se vislumbra do exame do citado documento, surgiu da somatória das propostas das licitantes, excetuada a da vencedora, que totaliza R\$ 15.425,22. Baseado nesse valor, efetuou-se a divisão por 6, considerando-se 2 (nº de licitantes incluídos no cálculo de somatória) X 3 (nº de itens da licitação), de tal modo que, aplicando-se o percentual de 70% sobre o resultado desta operação, tem-se o parâmetro de R\$ 1.799,65'. Depois: 'Houve, ao que se vislumbra deste exame, nítido equívoco desprovido de má-fé na materialização do cálculo para se aferir a inexecutabilidade dos preços praticados na licitação em tela. Assim como também houve equívoco na aplicação do disposto na alínea b do §1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, onde se chegou ao parâmetro de R\$ 3.100,12 (resultado da aplicação do percentual de 50% sobre o preço orçado pela administração, de R\$ 6.200,25)'. E conclui: 'De fato, recalculando-se os valores à luz do que preconiza o Estatuto das Licitações, a proposta comercial deveria ser sumariamente desclassificada' (fls. 69/70).

10. Embora admitindo o erro, a Justiça Federal entende que a contratação possa prosseguir. Nesse sentido, defende: 'Contudo, não obstante os valores cotados pela empresa Active Engenharia Ltda. classificarem-se como inexequíveis pela aplicação fria da regra do § 1º do art. 48 da Lei de Licitações, a proposta vencedora nos parece admissível, levando-se em consideração os dados constantes da planilha de composição dos custos pertinentes ao serviço contratado, apresentada pela empresa ...'. Assume, ainda, que o valor orçado estava artificialmente majorado, por conter cotações em situação de 'ausência de competição no momento do pré-orçamento'. E conclui: 'Da análise restou comprovado que a empresa reúne condições de executar o objeto contratado pelo valor proposto, evidenciando equilíbrio entre o encargo assumido e a remuneração pleiteada para cada um dos itens da licitação' (fl. 70). Para corroborar essa assertiva são apresentados números comparativos em relação a contratos anteriores, sobre os quais deixamos de nos imiscuir por desconhecimento técnico da matéria e dos custos envolvidos.

11. O que importa, neste caso, é a ilegalidade cometida no julgamento das propostas. O fato de que os preços, a despeito do critério imposto pela lei, possam ser, na prática, exequíveis deve, inicialmente, ficar em segundo plano. Tomando-se o valor previamente orçado pela administração e os valores das propostas apresentadas, aplicando-se o critério estabelecido pelo § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, o resultado da licitação seria outro. Ao ter ciência do erro, outro caminho não deveria ser seguido pela administração senão o de anular, por ilegalidade, o ato de homologação. Reconhecido, também, o erro de cálculo do orçamento, a anulação de todo o procedimento, por vício insuperável.

12. É pouco razoável que a Justiça Federal alegue conveniência e oportunidade para levar adiante o processo, sob o argumento de que a proposta não desclassificada é economicamente mais vantajosa para a administração. A doutrina é uniforme no sentido de que a conveniência e oportunidade podem ser

invocadas, no interesse da administração, para desfazimento de ato legal; jamais para concretizar ato ilegal.

13. Como bem assinalou Adilson Dallari, 'o procedimento (licitatório) deve ser aprovado quando não tiver ocorrido qualquer vício, em qualquer uma de suas fases, e quando a aceitação da proposta formulada pelo adjudicatário for oportuna e conveniente.' [Aspectos Jurídicos da Licitação. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 1997, p. 167]. Ou seja, a oportunidade e a conveniência são condições necessárias, mas não suficientes. Antes, prevalece o exame da legalidade do ato.

14. É claro que há situações em que o vício pode ser suprido, convalidando o ato então ilegal e dando curso normal ao processo. No presente caso, contudo, isso não parece ser possível. Além do erro cometido em relação ao julgamento das propostas, a admissão, por parte do órgão, de que o orçamento prévio fora mal estimado, reforça a convicção de que todo o procedimento foi maculado por falhas que o permearam desde a origem. Não é por menos que as três propostas apresentam preços excessivamente diferentes. Tome-se por base o menor valor proposto e teremos, em relação à segunda e à terceira colocadas, variações de 230 % e 395 %, respectivamente. Isso parece sinalizar que o objeto licitado e as condições de contratação estariam mal formulados, arruinando os fundamentos do edital para o julgamento objetivo das propostas. Mais uma vez a máxima: o que começa mal, termina mal.

15. Segundo Márcia Walquíria dos Santos, 'a anulação pode atingir todo o procedimento licitatório ou parte dele (...). Assim, é possível, por exemplo, constatando-se uma nulidade na fase de julgamento das propostas, aproveitar os atos anteriores, refazendo-se apenas os que são irregulares, procedendo a outro julgamento e, em consequência, nova classificação dos licitantes (...). Por outro lado, a nulidade do edital ou da carta-convite ocasiona a repetição de todo o procedimento. Não poderia ser diferente visto que, se o instrumento convocatório estabelece as regras de habilitação e os limites das propostas, qualquer falha que possua atingirá o fundamento da licitação, qual seja, selecionar a empresa que atenda da melhor forma os interesses da administração' [Revogação e Anulação no Procedimento Licitatório. In: Garcia, M. (org.) – Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos. São Paulo: Forense, 1995, p.145].

16. De acordo com o art. 49 da Lei nº 8.666/93, a autoridade competente deve anular a licitação por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros. A nulidade do procedimento licitatório, conforme disposto no § 2º do referido artigo, induz a do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 da mesma Lei, segundo o qual a nulidade não exonera a administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado e por prejuízos regularmente comprovados.

17. Ante o exposto, proponho:

a) conhecer da presente representação, recepcionada nos termos do § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno;

- b) no mérito, dar-lhe, em parte, provimento;
- c) preliminarmente, com fulcro no art. 71, inciso IX, da C.F., no art. 45 da Lei nº 8.443/92 e no art. 195 do RITCU, assinar prazo de quinze dias para que a Justiça Federal de 1ª Instância – Seção Judiciária do Estado de São Paulo adote providências no sentido de anular o processo licitatório Tomada de Preços nº 3/2000, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, ressalvado, na hipótese de haver contrato em execução, o disposto no parágrafo único do art. 59 da mesma Lei, em função da não-observância, no julgamento das propostas, do disposto no parágrafo 1º do art. 48 da referida Lei de Licitações e Contratos;
- d) notificar da decisão a empresa Fátima Tadei Silvestre ME.”
- É o relatório.

VOTO

Quanto à admissibilidade, é de se notar que a despeito de a empresa reclamante ter denominado sua peça inicial de “mandado de segurança com pedido de liminar”, instituto inexistente nesta Corte de Contas, pode o desígnio ser recebido como representação, nos termos do artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, c/c o artigo 69, inciso VII, da Resolução nº 136/2000, com a possibilidade de adoção da medida cautelar presente no artigo 45 da Lei nº 8.443/92.

2. Dos dois pontos suscitados pela representante, sobre atos da Administração tomados no decorrer da Tomada de Preços nº 3/2000, promovida pela Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo, um deles, que se refere à suposta deficiência das planilhas de peças apresentadas por outras participantes do certame, sucumbe com a verificação de que o edital permitia a supressão de itens cujos custos correriam à conta da empresa contratada.

3. Para o segundo ponto, atinente ao entendimento de que a empresa vencedora da licitação deveria ser desclassificada por inexecutabilidade de sua proposta, a questão merece melhor análise.

4. Tenho para mim que o § 1º do artigo 48 do Estatuto das Licitações e Contratos, introduzido pela Lei nº 9.648/98, estabelece somente um meio alternativo de o administrador público, na falta de condições de avaliar a viabilidade de uma proposta de preços, balizar matematicamente algo que possa ser tido como inexecutável.

5. Como ficção matemática, o recurso não tem o condão de depor a realidade, desde que esta esteja demonstrada tecnicamente. Basta, nesse sentido, notar que prevalece o comando geral do artigo 48, inciso II, da Lei nº 8.666/93, conforme se observa:

“Art. 48. Serão desclassificadas:

I - (...);

II - propostas (...) 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 inexeqüíveis, 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.

(...)"

6. Assim, a presunção aritmética, ainda que própria de obras e serviços de engenharia, admite prova em contrário, quando, em razão do que dispõe o **caput** do dispositivo (em seu inc. II), a proposta mostrar-se exeqüível.

7. Sobre o assunto, Marçal Justen Filho defende opinião similar à exposta (in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos". 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998. p.439):

"A disciplina do § 1º torna a questão da exeqüibilidade sujeita a variáveis totalmente incontroláveis, aleatórias e circunstanciais. Nem poderia ser de modo diferente, eis que o conceito de inexeqüibilidade deixa de referir-se a uma realidade econômica para transformar-se numa presunção. Não interessa determinar se uma proposta é ou não exeqüível, mas estabelecer padrões aritméticos para sua determinação.

(...)

Não se afigura defensável, porém, transformar em absoluta a presunção do § 1º. Se o particular puder comprovar que sua proposta é exeqüível, não se lhe poderá interditar o exercício do direito de apresentá-la. É inviável proibir o Estado de realizar contratação vantajosa. A questão é de fato, não de direito. Incumbe o ônus da prova da exeqüibilidade ao particular. Essa comprovação poderá fazer-se em face da própria Administração, pleiteando-se a realização de diligência para tanto.

Subordinar o direito do licitante à prévia impugnação ao orçamento apresentado é violar o princípio da isonomia. Todos os demais licitantes estariam advertidos de que um outro concorrente irá formular proposta de valor mais reduzido. Estaria comprometida a igualdade dos participantes. Por outro lado, seria um despropósito imaginar que a omissão ou silêncio dos licitantes tornaria válido orçamento excessivo ou desvinculado da realidade econômica. Por tais motivos, reputa-se cabível que o particular, ainda que não impugne o valor orçado, defenda a validade de proposta de valor reduzido, mas exeqüível."

8. Parece-me que a doutrina reproduzida amolda-se perfeitamente à situação ora em exame. Sob um primeiro aspecto porque o órgão promotor da licitação reconheceu a superestimação do valor orçado, que, em consonância com contratações anteriores, deveria estar próximo ao preço apresentado pela vencedora da licitação. Ao lado disso, porque, de acordo com a documentação fornecida pela empresa, onde ela indicou todos os custos

inerentes ao encargo assumido, a viabilidade da proposta foi demonstrada perante o órgão contratante (fls. 77/80).

9. Além de tudo, fica aparente a dificuldade de se calcular com acurácia o orçamento para serviços de manutenção, ainda mais no caso em tela, em que as licitantes poderiam definir suas equipes de trabalho e estimar o tempo efetivamente necessário para o desempenho do serviço. Nem por isso, todavia, deverá a Administração Pública prejudicar-se, atendendo a uma contratação desvantajosa. Ao invés, a flexibilidade do edital foi bem aproveitada, dado que a licitante vencedora comprometeu-se a prestar o serviço, por sua conta e risco, se a necessidade exigir tempo de trabalho maior que o estimado.

Sendo assim, discordando, no mérito, da Unidade Técnica, voto por que o Tribunal adote a decisão que ora submeto à apreciação do Plenário.

DECISÃO Nº 85/2001-TCU-PLENÁRIO¹

1. Processo TC-006.093/2000-7
2. Classe de Assunto: VII - Representação
3. Órgão: Justiça Federal de 1ª Instância – Seção Judiciária de São Paulo
4. Interessada: Fátima Tadei Silvestre - ME
5. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça
6. Representante do Ministério Público: não atuou
7. Unidade Técnica: SECEX/SP
8. DECISÃO: O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:
 - 8.1 conhecer da presente representação, na forma do artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para, no mérito, considerá-la improcedente;
 - 8.2 dar ciência desta decisão, bem assim do relatório e voto que a fundamentam, à interessada; e
 - 8.3 arquivar o processo.
09. Ata nº 07/2001 - Plenário
10. Data da Sessão: 07/03/2001 - Ordinária
11. Especificação do *quorum*:
 - 11.1. Ministros presentes: Bento José Bugarin (na Presidência), Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça (Relator), Valmir Campelo, Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira e o Ministro-Substituto José Antonio Barreto de Macedo.

BENTO JOSÉ BUGARIN
na Presidência

MARCOS VINÍCIOS RODRIGUES VILAÇA
Ministro-Relator

¹ Publicada no DOU de 20/03/2001.