



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
GABINETE GERAL

RUA AUGUSTO CORRÊA, Nº 01 - CAMPUS UNIVERSITÁRIO DO GUAMÁ - ED. DA REITORIA, 3º
ANDAR - CEP 66.075-900 - FONE: (91) 3201-7131 - E-MAIL: PGERAL@UFPA.BR

PARECER n. 00005/2017/GABG/PFUFPA/PGF/AGU

NUP: 23073.013185/2014-78

INTERESSADOS: CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE ANANINDEUA UFPA

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

EMENTA: I. Administrativo. II. Licitação. III. Concorrência nº 06/2015, cujo objeto é a execução de obra de engenharia. IV. Análise de Recurso. V. Vinculação ao instrumento convocatório, e isonomia. VI. Improcedência.

Magnífico Reitor,

I – RELATÓRIO

1. Vem à análise desta Procuradoria os presentes autos, contendo 2632 páginas numeradas e rubricadas, referente à realização da Concorrência nº 06/2015, cujo objeto é a *Construção da Biblioteca e do Auditório do Campus de Ananindeua, no Município de Ananindeua no Estado do Pará*, para atender às necessidades desta Instituição Federal de Ensino Superior – IFES.
2. Trata-se de pedido de apreciação do recurso de classificação interposto pela licitante LEST ENGENHARIA LTDA, contra a decisão da Comissão Permanente de Licitação que desclassificou sua proposta, declarando, ao final, a empresa URBS ENGENHARIA LTDA como vencedora do certame.
3. Em sua peça recursal, acostada às fls. 2611/2618, a Recorrente alega, em síntese, que sua desclassificação foi ilegal, tendo a Comissão de Licitação se afastado do critério de julgamento das propostas fixado no edital, haja vista que a proposta considerada como vencedora não seria a mais vantajosa para a Administração; que sua proposta não estaria eivada de equívoco na cotação do ISS; que ainda que fosse mantido o entendimento pela cotação errada do ISS na sua planilha de BDI, não seria ensejada a sua desclassificação, já que o regime adotado no certame é o de empreitada por preço global, onde a empresa se obriga a executar a obra por um valor certo, fixo e global e que a mesma arcaria com eventuais diferenças, sem prejuízo da boa execução dos serviços, acréscimo de valores e que em sendo declarada vencedora recolheria o tributo na forma estabelecida na legislação sem qualquer risco à Administração; que além dela, outras 05 (cinco) empresas teriam cotado em suas planilhas o percentual de ISS de 5%; Que a Lei nº 2.242/2006 não teria alterado o percentual da alíquota previsto no Código Tributário de Ananindeua e; que a proposta da Recorrida não poderia ter sido considerada como vencedora, pois está orçada em cerca de R\$30.000,00 (trinta mil reais) a mais que o da Recorrente, supostamente em desacordo com o critério de julgamento adotado no certame que é o do menor preço.
4. Ao final, a Recorrente requer o recebimento e processamento do Recurso, a fim de que a empresa fosse declarada vencedora do certame, por ter cumprido com todas as exigências editalícias quando da formulação de sua proposta e planilha de composição de preço, bem como possuir a proposta mais vantajosa para o órgão licitante.
5. No prazo legal, a empresa URBS ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA apresentou manifestação juntada à fl. 2622 dos autos, reafirmando que a Recorrente cotou a alíquota ISS em sua proposta de forma equivocada, tendo infringido as normas editalícia, o que justificaria a manutenção de sua desclassificação.

6. Instada a se manifestar tecnicamente acerca das razões recursais, a PCU, sucintamente, exarou o seguinte despacho (fl. 2624):

EM ATENDIMENTO AO DESPACHO ÀS FLS 2623 INFORMAMOS À CPL QUE O PERCENTUAL DE ISS ADOTADO PARA O MUNICÍPIO DE ANANINDEUA É DE 2,5% CONFORME LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL ÀS FLS 2570/2582.

7. Ato contínuo, a CPL realizou sua minuciosa e fundamentada análise, acostada às fls. 2625/2631 dos autos, manifestando-se pelo NÃO PROVIMENTO do recurso, cabendo destacar os seguintes trechos:

[...]

A empresa LEST ENGENHARIA LTDA afirma veementemente que atendeu a todas as disposições do Edital, elaborando a contento sua planilha de formação de preço de acordo com a alíquota do ISS vigente em Ananindeua – PA.

Insta declarar que o instrumento convocatório não discriminou qualquer índice para a formulação da planilha de preços das empresas, contudo, a atenção à legislação subsidiária que rege a matéria é norma editalícia e, portanto, vinculante para os licitantes. Caso a interessada não tivesse aceitado as condições do Edital, poder-se-ia tomar medidas cabíveis em tempo oportuno. Posto que a representante não o impugnou, presume-se que tenha aceitado todas as suas imposições.

Embora a empresa tenha se esforçado em demonstrar que valores contidos em suas planilhas de custo e formação de preços atendem ao Edital, seus argumentos não prosperam, pois, de acordo com o Parecer da Unidade Técnica, às fls. 2564/2569, os erros verificados são evidentes e contrariam as exigências do Edital e da legislação correlata.

Logo, com base no parecer claro e objetivo que desclassificou a sua proposta, a Unidade Técnica demonstra que ela de fato deixou de observar valores e exigências estabelecidas na lei Complementar Municipal nº 2242/2006, não restando dúvidas de que os erros subsistem e influenciam diretamente no preço final da proposta, não podendo esta Instituição ignorá-los, pois, em última instância, levantam dúvidas quanto à exequibilidade de sua proposta e ensejam a prática de sobrepreço, considerando que o valor da maior alíquota do ISS que compõe a planilha do BDI incide sobre todos os itens da Planilha orçamentária da empresa.

[...]

Há, em seu recurso, notável confusão entre os termos “proposta mais vantajosa” e “proposta de menor preço”. Para melhor esclarecimento, a lei de licitações traz em seu art. 3º os princípios gerais específicos do procedimento licitatório.

[...]

Destarte, fica evidente que menor preço e proposta mais vantajosa não são termos sinônimos. O “menor preço” é apenas um dos requisitos a serem observados pela Administração na escolha da proposta mais vantajosa, não podendo este se sobrepor aos demais requisitos estabelecidos no Edital do certame e na lei, contrariando assim aos Princípios da Legalidade, vinculação (sic) ao instrumento convocatório e isonomia.

Considerar o “menor preço” como único requisito a ser observado na escolha da proposta mais vantajosa, além de afrontar as demais disposições contidas na lei e no próprio edital do certame, invalidariam as disposições normativas expressas, que determinam aos órgãos da Administração Pública, que façam constar nos seus editais de Obras e Serviços, a obrigatoriedade dos licitantes de apresentar planilhas de custo e formação de preço, de encargos, sociais e de BDI, a fim de comprovar a exequibilidade de seus preços ofertados, consoante decisões reiteradas do TCU, consoante Acórdãos nº 2.262/2006, 1.286/2007, 440/2008, 608/2008, 2.049/2008, 2110/2008, 1924/2010, 2894/2010 e Súmula 258/2010, nos seguintes termos:

[...]

Conclui-se assim que a proposta mais vantajosa jamais pode ser confundida com a de menor preço, constituindo-se este, na verdade, em apenas mais um dos elementos que a compõe.

[...]

Outro grave equívoco cometido pela empresa, quando da defesa de sua tese da proposta mais vantajosa e do menor preço, é afirmar que o vício em sua proposta não acarretaria qualquer prejuízo à Administração, pois não impactaria em nada a boa execução dos serviços, tampouco acréscimo de valores.

Ocorre que a responsabilidade por erros ou omissões que possam existir em propostas ou planilhas de custo e formação de preços pode caber à Administração. Esquece a recorrente que já há algum tempo os tribunais superiores vem responsabilizando subsidiariamente as Instituições Públicas pelo descumprimento das obrigações trabalhistas não adimplidas pelos seus prestadores de serviços, consoante Súmula 331 do TST, *in verbis*:

[...]

Aqui cabe lembrar que caso não fosse esse o entendimento pacificado pelos tribunais e corte de contas, não haveria a exigência da apresentação dessas planilhas de custo e formação de preço conforme modelos contidos na IN nº 02/2008 do MPOG, nem tão pouco as recomendações reiteradas em diversos acórdãos do TCU sobre a inclusão dessas planilhas nos editais dessas contratações, e sua análise e conformidade com a legislação correlata.

Logo, não pode a Administração se esquivar da obrigação de exigir as planilhas ou muito menos de analisá-las corretamente, devendo verificar se estão em conformidade com as normas aplicáveis e que os valores e percentuais de seus itens são compatíveis com os preços de mercado, sendo suficientes para arcar com todos os custos diretos e indiretos na prestação do serviço.

Pelo exposto, esta Comissão manifesta-se pelo **NÃO PROVIMENTO** do presente recurso da empresa **LEST ENGENHARIA LTDA.**, ratificando pelos motivos acima mencionados a empresa **URBS ENGENHARIA LTDA.** como vencedora do certame, considerando suficientes e necessários os argumentos alhures apresentados. (grifos do autor).

8. Uma vez que a CPL manteve seu entendimento e se manifestou pelo não provimento do recurso, os autos foram encaminhados a esta Procuradoria para análise e manifestação jurídica e respectiva manifestação da Autoridade Superior.

9. Eis o relatório. Passa-se à análise jurídica.

II – ANÁLISE JURÍDICA:

10. Primeiramente é importante frisar que são ressalvados os aspectos técnicos, econômicos, financeiros e orçamentários, ficando, a análise desta Procuradoria, restrita aos aspectos jurídicos de sua competência.

11. Observa-se, a priori, que o recurso se revela regular, vez que cumpre os requisitos de admissibilidade e tempestividade, sendo-lhe dado efeito suspensivo na forma do art. 109, §2º, da Lei 8.666/93.

12. Analisar-se-á, doravante, o mérito da questão.

13. Verifica-se que o cerne das razões recursais é a desclassificação da proposta da empresa Recorrente em função do fato de que a mesma teria cotado o ISS de forma equivocada, em desacordo com a legislação do Município de Ananindeua, local onde será executada a obra objeto do Contrato.

14. Pois bem. Para uma melhor análise da questão, cumpre tecer alguns comentários acerca do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS/ISSQN.

15. A definição legal para o ISS veio disposta no art. 8º, do Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, determinando que “o imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos municípios, tem como fato gerador a prestação de serviços, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo”. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 156, III, definiu como competência dos municípios a instituição de imposto sobre serviços de qualquer natureza, ressalvados os de competência dos Estados e do Distrito Federal, resguardando a necessidade de definição desses impostos por Lei Complementar.

16. Em atenção ao referido art. 156, III, da CF/88, foi editada a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, dispondo sobre o ISS de competência dos municípios e do Distrito Federal. Por definição do

referido diploma legal (art. 1º), o ISS tem como fato gerador a **prestação de serviços** constantes da lista anexa à LC nº 116/2003, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

17. Ora, interpretando a situação ora apresentada à luz da definição legal, entende-se que se pretende contratar empresa cuja atividade preponderante é a construção/execução de obra. Partindo-se desse pressuposto, resta evidente que se busca, em princípio, pela prestação dos serviços de construção, sobre os quais, inequivocamente, incide a cobrança do ISS. No mesmo contexto, é forçoso reconhecer que, em sendo o referido imposto de competência dos municípios, devem ser observadas as alíquotas definidas na legislação de cada município para fins de composição das planilhas.

18. Nesse contexto, para fins de composição de suas planilhas de BDI com vistas a participar da Concorrência em tela, as licitantes deveriam observar a alíquota de ISS prevista da legislação de Ananindeua, qual seja, a Lei Complementar nº 2.242/2006, de 28 de dezembro de 2006, que alterou o Código tributário de Ananindeua (Lei Complementar Municipal nº 2.181, de 28 de dezembro de 2005). De acordo com tal legislação, a alíquota do ISS a ser utilizada é de 2,50%.

19. A empresa Recorrente, assim como outras licitantes, orçou sua proposta utilizando equivocadamente o percentual de 5% de ISS, o que foi detectado pela PCU em sua análise técnica (fl. 2568) e acolhido pela CPL, culminando na desclassificação de sua proposta.

20. Inconformada com sua desclassificação, a empresa ingressou com recurso buscando convencer a Administração de que, em que pese a inobservância da norma e descumprimento de obrigação editalícia, sua proposta é a mais vantajosa e com ela a Universidade deve contratar. Esses argumentos, no entanto, carecem se sustentação, não merecendo prosperar.

21. Sabe-se que deve a Administração procurar a contratação com a empresa que oferece **proposta mais vantajosa**, entendendo-se por vantagem como sendo a contratação menos dispendiosa e que atenda a todas as necessidades do Poder Público, pois, como esclarece o doutrinador Marçal Justen Filho[1], “*o Estado dispõe de recursos escassos para custeio de suas atividades e realização de investimento*”.

Portanto, e sem qualquer exceção, a vantagem para o Estado se relaciona com a maior otimização na gestão de seus recursos econômico-financeiros. O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isso significa que a contratação comporta avaliação como modalidade de relação custo-benefício. (Grifou-se).

22. A vantajosidade abrange a economicidade, que é uma manifestação do dever de eficiência[2]. Diante dessa premissa, infere-se que o formalismo exacerbado deve ser evitado no julgamento das propostas, uma vez que pode acabar por impedir que a Administração Pública contrate com empresa que apresentou a oferta mais vantajosa.

23. Na contramão do que sustenta a Recorrente, não há que se falar em vantajosidade utilizando como parâmetro unicamente o critério do menor preço. Com efeito, a melhor contratação é aquela que agrega os critérios de menor preço e atendimento a todas as condições estabelecidas no Edital, o que não ocorreu no caso da Recorrente, que apresentou planilha de BDI em desacordo com as exigências do instrumento convocatório.

24. Por outro lado, não se pode esquecer que os atos administrativos devem se calcar no princípio da razoabilidade, o qual consiste na **identificação da melhor solução para o caso concreto**.

25. A título meramente exemplificativo, transcreve-se a seguinte jurisprudência do STJ:

Se de fato o edital é a “lei interna” da licitação, deve-se abordá-lo frente ao caso concreto tal qual toda norma emanada do Poder Legislativo, interpretando-o à luz do bom senso e da razoabilidade, a fim de que seja alcançado seu objetivo, nunca se esgotando na literalidade de suas prescrições. Assim sendo, a vinculação ao instrumento editalício deve ser entendida sempre de forma a assegurar o atendimento ao interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismo desarrazoados (RMS nº23.714/DF, 1ªT., rel.Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.09.2000. (Grifou-se)

26. No caso *in comento*, houve alteração na Lei do ISS do Município de Ananindeua (Lei Complementar nº 2.242), cujo valor passou a ser de 2,5%, ou seja, 5% sobre o preço do serviço deduzido de 50%, a título de material empregado. Para efeito de aplicação da referida norma, deve ser lançado o valor de 2,5% como alíquota do ISSQN na planilha do B.D.I. para os respectivos serviços.

27. A Recorrente foi acertadamente desclassificada em razão da interpretação da norma por parte

2635

desta IFES, uma vez que comprovadamente descumpriu os requisitos legais elencados.

28. Vê-se, pois, que a desclassificação da Recorrente se deu em função de descumprimento de exigência editalícia, em desacordo com os preceitos do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório (art. 3º, da Lei n. 8.666/1993), o qual condiciona a validade do procedimento à estrita observância dos termos do Edital, tanto pela Administração Pública quanto pelas licitantes. Dessa forma, e em atenção ao mesmo princípio, a Administração não pode classificar proposta em desacordo com as exigências editalícias e, *latu sensu*, exigências legais, sob pena de nulidade dos atos praticados.

29. Outrossim, se torna mais necessária ainda a manutenção da desclassificação da Recorrente e das demais empresas que também descumpriram o edital quando se observa que há empresas que o cumpriram em sua totalidade.

30. Nesse contexto, considerar como válida a proposta da Recorrente seria afrontar o Princípio da Isonomia (art. 3º da Lei nº 8.666/93), à medida que, à luz deste princípio, o procedimento licitatório requer necessariamente que seja assegurado tratamento isonômico entre as licitantes, sem distinções de nenhuma natureza, sobretudo as que possam implicar em favorecimento de algumas concorrentes em detrimento de outras. Assim, dar provimento ao recurso se traduziria em uma forma de tratamento desigual entre as empresas participantes do certame, o que, *latu sensu*, se traduz como clara afronta ao Princípio da Isonomia, uma vez que as demais licitantes que tiveram suas propostas classificadas atenderam, na íntegra, a todas as exigências do Instrumento.

31. Nesse particular, cumpre enfatizar que o Princípio da Isonomia no procedimento licitatório possui como escopo principal o de assegurar a qualquer interessado o livre acesso à concorrência para contratação com a Administração. Conforme assevera Marçal Justen Filho, “a isonomia significa o tratamento uniforme para situações uniformes” [3], como no caso em testilha.

32. O supracitado doutrinador segue explicando:

Depois de editado o ato convocatório, inicia-se a chamada fase externa da licitação. Os particulares apresentam as suas propostas e documentos, que serão avaliados de acordo com os critérios previstos na Lei e no ato convocatório. Nessa segunda fase, a administração verificará quem, concretamente, preenche mais satisfatoriamente as condições para ser contratado. Também nessa etapa se exige o tratamento isonômico. Trata-se, então, da isonomia na execução da licitação. **Todos os interessados e participantes merecem tratamento equivalente.**[4] (Grifo nosso).

33. Além disso, conforme bem pontuado pela CPL em sua manifestação, não se pode confundir os conceitos de “proposta mais vantajosa” com o de “proposta mais barata”. A própria necessidade de obediência à legislação e aos critérios de composição das planilhas previstos no edital, para além de estabelecerem os critérios isonômicos do certame, asseguram à Administração contratar pelo menor preço possível, assegurados os critérios de exequibilidade da proposta, a fim de que o objeto possa ser executado sem prejuízos tanto ao particular quanto à Administração.

34. Como visto, não há como prosperar o entendimento de que a empresa Recorrente deveria ser tratada de maneira desigual em relação às demais licitantes participantes do presente certame, por força do Princípio da Isonomia.

35. Destarte, não há como manter a classificação uma licitante quando se verifica desatendimento às disposições editalícias, não assistindo razão à Recorrente, motivo pelo qual esta Procuradoria, comungando com o entendimento do setor Técnico e da CPL, opina pela manutenção da sua desclassificação em face da violação aos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório e da Isonomia.

36. Assim, resta cristalino que não há como prosperar os argumentos da Recorrente, por contrariar a legislação e os princípios aplicáveis à licitação.

III – CONCLUSÃO:

37. Desta forma, por tudo que foi exposto e dos autos consta, sobretudo da manifestação do Setor Técnico que atestou a desconformidade da proposta da Recorrente com as exigências editalícias, esta Procuradoria comunga com a decisão da CPL e opina pelo **NÃO PROVIMENTO** ao recurso da empresa LEST ENGENHARIA LTDA, devendo ser mantido o resultado do certame, por estar em conformidade com os padrões de legalidade.

38. Assim, uma vez que seja aprovado o presente Parecer Jurídico, a decisão da autoridade superior

deve ser comunicada às licitantes, bem como adotadas as providências de praxe relativas à continuidade do processo licitatório.

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Dialética: São Paulo.2008, p.63-64

[2] Idem, p. 64

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010. p. 70.

[4] Idem, p. 71.

À consideração superior.

Belém, 03 de janeiro de 2017.

FERNANDA RIBEIRO MONTE SANTO

Procurador Federal

Chefe PF/UFPa

Portaria n. 1.449/2011

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23073013185201478 e da chave de acesso b966f90a



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

Processo nº 013185/2014-78 fls.2636

Slued

Recebido no Gabinete do Reitor da UFPA
Em, 03/01/2017.

Slued

ASSINATURA DO(A) SERVIDOR(A)

Por tudo o que dos autos consta, homologo
o parecer nº 0005/2017 exarado pela Procuradora
Federal - Chefe às fls. 2633/2635.

7 PROAD para ciência do parecer e
encaminhamentos.

tin, 18/01/2017

Emmanuel Zagury Tourinho

Emmanuel Zagury Tourinho
Reitor da UFPA