

VOTO

Em exame auditoria realizada na Superintendência da Fundação Nacional de Saúde no Estado do Acre (Funasa/AC) e no Departamento de Pavimentação e Saneamento do Acre - Depasa/AC, para verificar a regularidade do Termo de Compromisso Programa de Aceleração do Crescimento (TC/PAC) 253/2007 (Siafi 632188), tendo como objeto a realização de obra de drenagem para o controle da malária no município de Plácido de Castro/AC.

Para aplicar os recursos, o Departamento de Pavimentação e Saneamento do Acre - Depasa/AC promoveu a Concorrência 91/2009 e a contratação da Empresa Editec Edificações Ltda., vencedora da licitação, pelo valor de R\$ 2.629.943,77 (contrato 5.04.2009.050-B).

No processamento da licitação foram desclassificadas duas empresas. O menor valor ofertado foi de R\$ 2.129.557,65. A diferença entre a proposta de menor valor, desclassificada, e o valor contratado, é de R\$ 500.386,12. Este valor foi considerado como dano potencial porque a desclassificação da melhor oferta teria sido por questão formal, irrelevante, também verificada na proposta da empresa contratada.

Fez-se a oitiva dos responsáveis. As razões de justificativa foram rejeitadas pela Unidade Técnica, que propôs aplicação de multa e manutenção dos indícios de irregularidades graves com recomendação de paralisação – IGP, nos termos do art. 91, § 1º, inciso IV, da Lei 12465/2011, LDO de 2012.

Como a 3ª Secretária de Fiscalização de Obras – Secob 3 – coordenou e consolidou a Fiscalização de Orientação Centralizada – FOC – realizada na Fundação Nacional de Saúde – Funasa, no âmbito do Fiscobras 2011, coube a ela emitir parecer sobre o encaminhamento proposto.

A Secob 3 discordou da manutenção da classificação do processo como IGP. O contrato 5.04.2009.050-B foi revogado e sua revogação deixaria a IGP sem objeto. Sugeriu a alteração para indícios de irregularidades graves com recomendação de continuidade – IGC.

A rescisão do contrato 5.04.2009.050-B foi motivada por descumprimento de cláusulas e não por seu vício de origem. Essa percepção implica que, rescindido o contrato, a recomendação de paralisação perde o objeto, mas não afasta a apuração de responsabilidade pela indevida desclassificação de propostas mais vantajosas para a administração.

As falhas formais que justificaram a desclassificação das propostas estavam presentes também na proposta vencedora e, ao final, contratada. Como demonstrado pela Unidade Técnica, uma contradição existente no edital levou à errônea interpretação feita pela Comissão de Licitação. O item XIII do edital, subitem 13.1, alínea “h”, informa que a não indicação no conjunto de composições de custos unitários de qualquer insumo ou componente necessário para a execução dos serviços conforme projetados significa, tacitamente, que seu custo está diluído pelos demais itens componentes dos custos unitários. O subitem 13.4, alínea “k”, consigna que a não apresentação das planilhas de composição de custos unitários dos serviços, mão de obra e materiais, que serviram de base para compor os preços unitários, ensejará a desclassificação da proposta.

As normas que regulam as licitações devem ser interpretadas de maneira que propiciem a ampliação da disputa, sem que comprometam a isonomia, a finalidade e a segurança da contratação (Acórdãos 1.162/2006, 536/2007 e 1.046/2008, do Plenário), o que possibilitará a contratação da proposta mais vantajosa para a Administração (Acórdão 1.734/2009 - Plenário).

No caso em exame o contratante preferiu o apego demasiado à forma em detrimento da interpretação sistemática do edital, da Lei 8.666/1993 e dos princípios norteadores das disputas

públicas, adotando-se medida em descompasso com o princípio da proporcionalidade, manifestando-se desarrazoada e contrariamente ao interesse público.

Marçal Justem Filho, *in* Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 13. ed, p. 76, ao tratar do princípio da proporcionalidade ensina, *in verbis*:

“O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.”

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS 23714/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, asseverou:

“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 do interesse público, repudiando-se que se sobreponham formalismo desarrazoados. Não fosse assim, não seriam admitidos nem mesmo os vícios sanáveis os quais, em algum ponto, sempre traduzem infringência a alguma diretriz estabelecida pelo instrumento editalício.”

Dessa forma, mostra-se ilegal a desclassificação das propostas das empresas Modelle Construções e Comércio Ltda. e Emot Serviços e Construções Ltda. no processamento da concorrência 91/2009, por afronta aos princípios do formalismo moderado, da economicidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da moralidade e da probidade administrativa.

A responsabilidade pelo ato administrativo impugnado deve ser atribuída, consoante análise das competências e condutas efetuada pela Unidade Técnica e transcrita no relatório, a Petrônio Aparecido Chaves Antunes, Diretor-Presidente do Depasa/AC; Jailson Barbosa de Souza, Priscila da Silva Melo e Lídia Maria de Assim Monteiro, respectivamente presidente e membros da CPL-01; Adriano Mestriner Detomini, assessor jurídico do Depasa/AC; e Paulo Antônio Afonso Bento Monteiro, engenheiro civil do Depasa/AC, parecerista técnico e fiscal do Contrato/Deas 5.04.2009.050-B.

A esses responsáveis deve-se aplicar a multa prevista no art. 58, incisos II e III, da Lei 8.443/1992.

Para a contratação dos serviços/obras remanescentes, é mais consentânea a sugestão do Ministério Público. No âmbito do poder discricionário do Depasa/AC, o gestor dos recursos deverá analisar a conveniência e oportunidade de contratar as obras/serviços remanescentes mediante nova licitação ou, então, pelo aproveitamento dos atos processuais válidos da concorrência 91/2009.

Ante o exposto, acolho, no essencial, as proposições da Secex/AC e da Secob 3 e voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que submeto ao Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 7 de dezembro de 2011.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator