



**COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO RIO SÃO FRANCISCO - CBHSF
CÂMARA TÉCNICA INSTITUCIONAL E LEGAL - CTIL**

PARECER JURÍDICO Nº 002/2019/CTIL

ASSUNTO: ANÁLISE SOBRE A LEGALIDADE DO DESÁGIO AO PREÇO FINAL DE CONTRATAÇÕES E RELAÇÃO TÉCNICA E PREÇO QUANDO DAS CONTRATAÇÕES POR ATO CONVOCATÓRIO, CONSIDERANDO A LEI 8.666/93 E A RESOLUÇÃO ANA Nº 552/2011.

CONSULENTE: DIREC

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM SENTIDO ESTRITO. DESÁGIO AO PREÇO BASE DA LICITAÇÃO. RELAÇÃO TÉCNICA E PREÇO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 44 E 48 DA LEI DE LICITAÇÕES. ANTINOMIA APARENTE ENTRE A LEI 8.666/93 E A RESOLUÇÃO ANA Nº 552/2011. SÚMULA 262 DO TCU. OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS DA LEI 8.666/93 E DA PRÉVIA EXIGÊNCIA DE EXEQUIBILIDADE DE PREÇOS.

I - RELATÓRIO.

Cuida o presente opinativo da verificação da legalidade e constitucionalidade do deságio ao preço final de contratações e relação de técnica e preço quando das contratações por Ato Convocatório, segundo diretrizes traçadas pela Resolução ANA nº 552/2011 e pela Lei 8.666/93.

É o relatório, no essencial. Fundamento e opino.

II - FUNDAMENTAÇÃO.

Considerações Preliminares.

De início, impende asseverar que não faz parte das atribuições da Câmara Técnica Institucional e Legal (CTIL) do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco (CBHSF), a análise acerca da conveniência e oportunidade da realização de qualquer ato de gestão, quer no seu aspecto econômico, quer no seu aspecto administrativo.



Esses aspectos são corriqueiramente denominados “mérito administrativo” e são de responsabilidade única de outros segmentos do Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco.

À CTIL incube apenas a análise dos aspectos jurídicos (legalidade e constitucionalidade) de atos e questionamentos advindos do CBHSF. Neste caso, matéria eminentemente de direito.

No mérito. Análise da Constitucionalidade.

A Constituição é Suprema. Todas as demais normas internas lhe devem obediência. Esta lição é óbvia. Porém, no processo interpretativo subjacente à aplicação do direito, não é raro presenciar o descuido e a desatenção para com o *princípio da supremacia da Constituição*.

Por meio desse princípio fica estabelecido que é da Lei Maior que se extraem as bases interpretativas das normas infraconstitucionais, jamais o contrário.

Explico. A norma infraconstitucional não serve como parâmetro para a compreensão do sentido e alcance de uma norma constitucional.

A inversão, quando efetivada, regra geral, contamina todo o raciocínio e, por consequência, o entendimento final.

Com efeito, em análise macro, tanto sob a ótica do direito constitucional como pelo direito administrativo, todo e qualquer processo envolvendo licitação e contratos (parafrazeando Celso Antônio Bandeira de Melo), deve obediência às “pedras de toque” do direito administrativo, quais sejam: supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Outrossim, além das pedras de toque, a cabeça do artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece preceitos fundamentais para toda a Administração Pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Mais adiante, no mesmo artigo da CRFB/88, o seu inciso XXI estabelece que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.



Nesse contexto de mandamentos constitucionais, concluímos, em primeiro momento, que, de acordo com o texto constitucional, norma geral sobre licitação e contratos, deve obediência a lei em sentido estrito. Neste particular, a lei que regula o inciso XXI do art. 37 da CRFB é a Lei nº 8.666/93.

Ainda nesta toada, segundo Marçal Justen Filho¹ “o art. 22, XXVII, da CRFB/1988 atribuiu à União competência legislativa privativa para editar normas gerais sobre licitação e contratação administrativa em todas as suas modalidades. No exercício dessa competência, a União produziu a Lei 8.666/1993. Posteriormente, foi editada a Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns”.

Nesse sentido, sem embargos, pode-se concluir que qualquer normativo sobre normas gerais licitações e contratos que não tenham sido editadas obedecendo a competência privativa da União, digo, Processo Legislativo Federal, poderá ser eivada tanto de inconstitucionalidade formal, quanto material.

Da antinomia aparente. Lei 8.666/93 e Resolução ANA nº 552/2011.

Partindo das premissas aventadas no tópico anterior, principalmente a lição de que, pelo texto da carta cidadã, a Lei 8.666/93 é o principal instrumento no ordenamento jurídico pátrio a estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos, frente ao conteúdo da Resolução ANA nº 552/2011, em especial as ponderações apresentadas pela citada Autarquia Federal quando da confecção do item 5.3.2, do Relatório de Auditoria nº 3/2016/AUD, a prima facie, percebe-se um conflito aparente entre os mencionados normativos.

Pois bem. De forma objetiva, demonstraremos a inexistência da antinomia entre as referidas normas.

Inicialmente, convém reiterar que, por opção do legislador constitucional, apenas Lei em sentido estrito editada pelo Poder Legislativo Federal tem força de ditar normas gerais sobre licitações e contratos. Em outras palavras, jamais, sob os pilares da atual estrutura jurídica do Brasil, uma norma infralegal, no caso a Resolução ANA nº 552/2011, poderia sobrepor uma determinação constante na Lei Geral de Licitações, a Lei 8.666/93. Especificamos ainda mais, seja a Resolução nº 552/2011, ou qualquer outro normativo da ANA possuem caráter orientativo, digo, facilitam a aplicação da norma geral em suas eventuais lacunas. Jamais, criando norma geral ou exceção a norma Geral.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo [livro eletrônico]. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.



Dito isto, outra lição não se pode concluir senão a de que toda e qualquer normatização da Agência Nacional de Águas versando sobre normas gerais de licitação e contratos possuem o condão orientativo e complementar aos ditames da Lei Geral de Licitações e Contratos.

Ademais, ainda em referência ao já comentado Relatório de Auditoria da ANA, com a devida vênia, chega a duas conclusões equivocadas que podem impactar em errôneas (sic) conduções de processos licitatórios e contratações a saber: diz da obrigatoriedade de concessão de deságio nos percentuais previstos na Resolução ANA nº 552/2011, bem como da aplicação subsidiária da jurisprudência (sic) do Tribunal de Contas da União.

Em relação ao primeiro ponto, de forma direta e elucidativa, pode-se afastar a primeira conclusão obtida na relatada auditoria da Autarquia Federal, pois o que a Lei 8.666/93 estabelece não é uma obrigatoriedade de concessão de deságio, mas tão somente um limite objetivo para fins de desclassificação quando os deságios forem considerados, por critério legal, como inexequíveis.

De forma ainda mais didática, em uma situação hipotética, tomando como exemplo uma licitação com valor global de R\$1.000,00, em regra, o deságio máximo apresentado pelo licitante e que deve ser aceito pela comissão de licitação seria o de R\$300,00, ou seja, 30% (trinta por cento). Tal fato, a contrário *sensu*, não significa dizer que o prévio estabelecimento de deságio no Ato Convocatório no percentual de 25% (vinte e cinco por cento) não possa ser adotado pelo licitador.

Já em relação a segunda conclusão de que a jurisprudência (sic) do TCU apenas deve ser aplicada de forma subsidiária frente as normas editadas pela Agência Nacional de Águas, igualmente, merecem atenção deste Comitê para que seus gestores não estejam sujeitos ao enquadramento da afiada flecha das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Sem maiores digressões, podemos afirmar que julgados do Tribunal de Contas da União não se constituem em simples textos consultivos a serem aplicados de forma subsidiária por este Comitê. Neste sentido, vejamos o **enunciado da Súmula 222 do TCU**.

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, **devem ser acatadas pelos administradores** dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (negritamos)



Na mesma senda, em sede do Acórdão 177/2018-Plenário, extrai-se o seguinte trecho do voto do relator, ministro Aroldo Cedraz:

Compete ao gestor, ao assumir o cargo, tomar conhecimento das determinações desta Corte afetas à sua área de atuação e, no caso de descumprimento, arcar com o ônus decorrente

Neste particular, pode-se concluir que não estamos a falar de conflito entre normas, mas de antinomia aparente, vez que a Lei 8.666/93 estabelece, como regra, um critério objetivo para limite máximo de deságio (art. 48). De outra banda, temos o art. 6º da Resolução ANA 552/2011 que, podemos dizer, traz um segundo limite de deságio, que pode ser observado excepcionalmente na forma da Súmula 262 do TCU, que será trabalhada mais adiante no mérito deste opinativo.

No mérito. Consulta da DIREC .

Ao enfrentar o caso concreto, nos deparamos com uma aparente antinomia que vem gerando dúvidas nas fases prévias e posteriores do procedimento licitatório, qual seria a normativa prevalecente no tocante aos limites de deságio ao preço final de contratações por ato convocatório, as balizas da Lei 8.666/93 ou o parâmetro existente na Resolução nº 552/2011 da Agência Nacional de Águas (ANA).

De acordo com a redação da Autarquia Federal em comento, a definição de preço inexequível considerada pela Resolução ANA nº 552/2011 adota o percentual de 60% (sessenta por cento) do preço máximo, bem como a sua exceção de extrapolação do mencionado limite.

De outra banda, a Lei Geral de Licitações, ao regulamentar o inciso XXI da CRFB, em seu artigo 48, de igual forma, ao estabelecer o que seria uma proposta inexequível, traz, de forma objetiva, os limites para deságio ao preço final de licitações.

Importante o destaque de que, como aventado no tópico anterior, deve-se aplicar a legalidade em sentido estrito, e que o citado dispositivo faça alusão à aplicação do critério nele previsto apenas "**no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia**", Marçal Justen Filho², de forma objetiva, aplicando interpretação conforme à constituição, assegura que:

² - JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



as regras dos §§ 1º e 2º podem ser incluídas em editais cujo objeto não seja obras e serviços de engenharia. Tal conclusão decorre do reconhecimento da natureza da disposição. Como se trata de mera presunção relativa, pode aplicar-se a todos os setores e objetos.

Todavia, com a devida vênia, no que diz respeito à interpretação restritiva do renomado doutrinador, é imperioso concluir de forma diversa para afirmar sobre a possibilidade de utilização do critério matemático previsto no § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 em licitações processadas pelo tipo técnica e preço. Afinal, não se mostra razoável e proporcional dizer que o preço inexequível deve ser afastado quando utilizado apenas o critério "menor preço", mas seguido quando o critério aplicado fosse "técnica e preço".

Outrossim, outro ponto que merece destaque é que a aplicação do critério em referência incidiria tão somente observando a proposta de preço, e não o resultado final da ponderação estabelecida entre as propostas técnica e de preço.

Justamente por isso, a ideia compreenderia apenas identificar se o preço cotado está significativamente abaixo dos demais e/ou do preço definido pela Administração ou não, pois a prática e julgados do TCU vem demonstrando cada vez mais, que alguns licitantes que apresentam menor preço não concluem seus contratos de forma eficiente, e, ou, findam requerendo super aditivos, causando nítidos prejuízos ao erário. Mas, para isso, frisa-se a necessidade de a Administração ter definido um preço máximo para a contratação.

Nessa ordem de ideias, não se pode deixar de lembrar que a presunção de inexecuibilidade oriunda do cálculo previsto no § 1º do art. 48 é relativa. Por conta disso, independentemente da adoção desse critério como mais um elemento para subsidiar a atuação da comissão de licitação no julgamento das ofertas, faz-se necessário oportunizar ao licitante demonstrar o contrário. Essa conclusão encontra respaldo na **Súmula nº 262 do Tribunal de Contas da União**, a qual estabelece:

*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. (negritamos)*

Nesse panorama, o Tribunal de Contas da União - TCU, no Acórdão nº 2.143/2013 – Plenário, mais uma vez, ratificou o seguinte entendimento:



a apreciação da exequibilidade de propostas não é tarefa fácil, pois há dificuldades em se fixar critérios objetivos para tanto e que não comprometam o princípio da busca da proposta mais vantajosa para a administração. Nessa linha, esta Corte já se manifestou em diversas oportunidades que os critérios objetivos, previstos nas normas legais, de aferição da exequibilidade das propostas possuem apenas presunção relativa, cabendo à administração propiciar ao licitante que demonstre a viabilidade de sua proposta.

Em simples consulta ao acervo do TCU, verificamos que há centenas de acórdãos tratam da **vinculação ao edital**, e, conseqüentemente, **às diretrizes da Lei 8.666/93**, com orientação alinhada àquela apresentada neste parecer e que podem ser sintetizadas na recomendação apresentada pelo tribunal no Acórdão 483/2005:

Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993.

A partir desse delineamento, não obstante posicionamento doutrinário em sentido contrário, as licitações e contratos firmados pelo Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio São Francisco, sejam adotados o critério de "menor preço" ou de "técnica e preço", devem empregar as diretrizes definidas pelo § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/93 para identificar preços presumivelmente inexequíveis, estabelecendo assim como limite para deságio os estabelecidos na Lei Geral de Licitações, e, quando cabível, observando ainda as balizas do Sistema Nacional de Preços e Índices para a Construção Civil – SINAPI, lembrando-se, sempre, de oportunizar ao licitante comprovar a aceitabilidade de seu preço, haja vista o critério em tela definir apenas a presunção relativa de inexequibilidade.

Por fim, convém o registro que, é dever do CBHSF após a celebração do contrato, continuar, com periodicidade, a exigir a comprovação de exequibilidade sob pena de, na forma do art. 79 da Lei 8.666/03, executar unilateralmente a rescisão contratual, bem como apurar eventual prática de ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

III – CONCLUSÃO.

Diante de todo o exposto, opina a CTIL que:

- 1) Sejam observados, obrigatoriamente, em primeiro plano, os percentuais previstos na Lei 8.666/93 em detrimento dos percentuais previstos na Resolução ANA nº 552/2011, para fins



de deságio ao preço final de contratações seja quando da utilização do critério “menor preço” ou “técnica e preço”.

- 2) Conste no Ato Convocatório que o licitante, cuja proposta ultrapasse os limites de deságio previstos na Lei 8.666/93, apresente junto à proposta de preços a composição dos custos, que demonstre a sua exequibilidade, independentemente do percentual máximo de deságio permitido pelo Ato Convocatório;
- 3) Sendo observado a omissão no Ato Convocatório quanto à exigência de “que o licitante, cuja proposta ultrapasse os limites de deságio previstos na Lei 8.666/93, apresente junto à proposta de preços a composição dos custos, que demonstre a sua exequibilidade, independentemente do percentual máximo de deságio permitido pelo Ato Convocatório”, que a Comissão de Licitação exija, na forma da Súmula nº 262 do TCU, que o licitante demonstre por meio da composição de custos a exequibilidade da sua proposta;
- 4) Os técnicos da Entidade Delegatária responsáveis pela condução do processo licitatório participem com periodicidade de atualização na área de licitação e contratos;
- 5) Em sendo verificada a inexecução total ou parcial de contrato, seja instaurado competente processo administrativo para apuração de eventuais responsabilidades e aplicação das sanções previstas no contrato e na lei.

É o parecer.

Maceió/AL, 23 de janeiro de 2019.

Edson Campos Melo
Membro da CTIL
Câmara Técnica Institucional
e Legal do CBHSF