

HERCULANO & RIBEIRO

ADVOCACIA

PARECER JURÍDICO



PARECER JURÍDICO. EDITAL DE TOMADA DE PREÇO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE ENGENHARIA PARA REFORMA DA ESCOLA PROFESSORA VANDA JACÓ, NO SÍTIO BAIXA VELHA.

1. Relatório.

Trata-se de pedido emissão de parecer jurídico sobre a fase interna de processo de licitação, na modalidade Tomada de Preço, para a contratação de empresa para execução de obras e serviços de engenharia relativos à Reforma da Escola Professora Vanda Jacó, Sítio Baixa Velha, zona rural do Município de Trindade/PE.

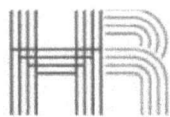
Foi encaminhado a cópia do processo administrativo, com termo de referência, edital, cotações e outros.

2. Do Parecer

Importa registrar, de início, que o presente parecer se dá sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar na análise da conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Prefeitura de Trindade/PE, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa, tendo em vista o Poder Discricionário do responsável direto.

Assim, por força do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, passa-se a realizar a análise jurídica.

3. Do Mérito.



HERCULANO & RIBEIRO
ADVOCACIA



Para instruir os autos, foi juntado do projeto básico, descrevendo os serviços a serem realizados, devidamente fundamentado, e da Minuta do Edital, pré-elaborada pela autoridade competente ordenadora de despesa.

Em relação às cotações de preços, é interessante anotar que o Tribunal de Contas da União estabeleceu critérios relevantes para a verificação dos valores de mercado nos seguintes termos:

"(...) a jurisprudência do TCU é no sentido de que antes da fase externa da licitação há que se fazer pesquisa de preço para que se obtenha, no mínimo, três orçamentos de fornecedores distintos." TCU, Acórdão n.º 3.026/2010 – Plenário.

Percebe-se que, no caso, não foram utilizados parâmetros que possam comprometer a aquisição, notadamente porque os preços de referência são obtidos por meio de referência na tabela SINAPI.

No caso em tela, será realizada a modalidade de licitação tomada de preço que é previsto no art. 22, II e o § 2º do mesmo dispositivo:

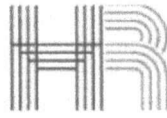
"Art. 22. São modalidades de licitação:

[...]

II – tomada de preços

[...]

§ 2º. Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação"



HERCULANO & RIBEIRO
ADVOCACIA



Nessa modalidade, a Lei exige que o participante além de atender os requisitos de habilitação comprove a devida qualificação para a prestação do serviço, assim, é imperiosa a demonstração da qualificação técnica atrelado ao menor preço global.

Caso o licitante não seja cadastro, o que dispensa a apresentação dos documentos novamente, deverá atender a todos os requisitos daqueles que são cadastrados, especificamente, no que tange a habilitação jurídica, financeira, fiscal, trabalhista e técnica, com os atestados de capacidade técnica.

Verifica-se, também, a legalidade quanto ao prazo entre a deflagração do processo de licitação e a sessão de abertura de propostas.

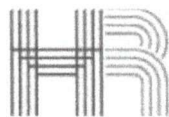
Salienta-se que a depender da fonte do recurso imprescindível a publicação no diário oficial adequado e que representa o financiador, a saber, diário oficial da união, estados e municípios.

Destarte, licitação na modalidade tomada de preços é aquela que o objeto da licitação pode ser satisfeito com valores de até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, com esteio no art. 23, I, "b", da Lei n.º 8.666/83 c/c art. 1º do Decreto n.º 9.412/2018.

Nesse diapasão é necessário que se faça consideração salutar para compreensão não só para a modalidade convite, mas para todas as demais, qual seja, a caracterização do objeto a ser licitado.

A Lei n.º 8.666/93 ao versar sobre os valores de cada modalidade de licitação, estabeleceu que a depender do valor a licitação é mais ou menos dificultosa, prevendo, inclusive a possibilidade de sequer haver publicação do instrumento convocatório no caso de convite.

Todavia, a mesma lei veda de forma contundente a prática de fracionamento de despesa ou do objeto a ser licitado.



HERCULANO & RIBEIRO
ADVOCACIA



Com isso, a Lei quer expressar que deve fazer parte do objeto de uma licitação e, conseqüentemente, integrar as despesas e o valor final para escolha da modalidade de licitação todos os serviços, insumos e produtos que possam ser realizados concomitantemente.

Aliás, essa é a posição do Tribunal de Contas da União:

“Um dos requisitos para que se caracterize o fracionamento de despesas é que os objetos licitados separadamente pudessem ser realizados concomitantemente.” (Acórdão 935/2007)

No mesmo sentido, a realização da licitação na modalidade TP impede a realização de outra licitação de igual modalidade ou diferente para mesmo objeto, devendo o gestor planejar a execução de licitação com base no exercício financeiro de sua ocorrência, assim, para aquisição de produtos, o valor da TP deve englobar todo o exercício financeiro, sob pena da falta de produtos e a realização de nova licitação configurar o fracionamento indevido:

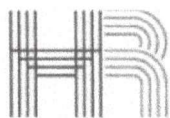
“Planeje adequadamente as compras e a contratação de serviços durante o exercício financeiro, de forma a evitar a prática de fracionamento de despesas.” (Acórdão 324/2009 Plenário)

Verifica-se, ademais, que a instauração ocorreu de acordo com o que determina a legislação de regência. No caso específico fora prevista a dotação orçamentária.

O Tribunal de Contas da União, ao se manifestar sobre a matéria, decidiu que ela (a dotação orçamentária) somente será exigível no momento da formalização do contrato (Acórdãos TCU 3.146/2004-Primeira Câmara e 1.279/2008-Plenário).

O edital, por sua vez, seguiu todas as cautelas recomendadas pela Lei Federal nº 8.666/93, como a seguir será explanado:

- I. Definição do objeto de forma clara e sucinta, sem particularidades exageradas;
- II. Local onde poderá ser adquirido o edital;



HERCULANO & RIBEIRO
ADVOCACIA

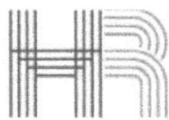


- III. Local, data e horário para abertura da sessão;
- IV. Condições para participação;
- V. Critérios para julgamento;
- VI. Condições de pagamento;
- VII. Prazo e condições para a assinatura do contrato;
- VIII. Sanções para o caso de inadimplemento;
- IX. Outras especificações ou peculiaridades da licitação;

Destarte, o edital, no que é pertinente faz as ponderações e faculdades em favor das Micro e Pequenas Empresas, nos termos da Lei Complementar n.º 123/2006

Dessarte, o manifesto deve apresentar as especificações das obras que será edificada. Tais valores, entretanto, não podem ser definidos com base em arbitrariedade ou discricionariedade. Antes, há de se elaborar expectativas de consumo confiáveis, reais, factíveis. A este propósito, confira-se lição de Marçal Justen Filho:

“Em uma licitação comum, a Administração tem o dever de fixar, no ato convocatório, as quantidades e as qualidades dos produtos que contratará. A redução ou ampliação de quantidades estão sujeitas aos limites do art. 65, § 1º. A alteração da qualidade não poderá alterar substancialmente o objeto licitado. Num sistema de registro de preços, a Administração estima quantidades máximas e mínimas. Posteriormente, estará autorizada a contratar as quantidades que forem adequadas à satisfação das necessidades coletivas. Isso não significa discricionariedade na fixação de quantitativos, tal como se apontará abaixo. Não se admitem quantificações indeterminadas nem a remessa da fixação do quantitativo à escolha subjetiva da Administração.” - JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Dialética, 2010, p. 193.



HERCULANO & RIBEIRO
ADVOCACIA



Ao examinar a minuta do contrato, percebe-se o atendimento ao disposto no art. 55 e seguintes da Lei 8.666/93.

Quanto a visita técnica, frisa-se que o Poder Legislativo não a exige como condição para a participação de proponentes no certame, mas, apenas como forma de coibir futuras alegações de desconhecimento das características dos bens licitados, resguardando a Entidade de possíveis inexecuções contratuais (Acórdão nº 4.968/2011 – Segunda Câmara), já que há possibilidade de se apresentar declaração de não visita.

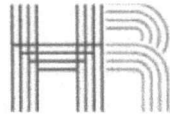
Demais disso, insta salientar que os documentos que formalizam o vínculo contratual, os aditivos e demais ajustes, deverão ser anexados ao processo, porquanto ele é único e indivisível, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União (Decisão 955/2002-Plenário e Acórdãos 1300/2003-Primeira Câmara, 216/2007-Plenário, 338/2008-Plenário).

Ressalta-se, ainda, que a pretensa contratação se encontra justificada, instrumento este que foi devidamente aprovado pela autoridade competente, inclusive com memorial descritivo, planilha orçamentária, composição do BDI e cronograma físico financeiro.

Entretanto, o edital deve ser alterado quanto a exigência de que faz no item 9.7.3 ao determinar que os proponentes apresentem atestado técnico operacional registrado no CAU ou CREA, que pela jurisprudência pátria e outras pareceres já emitidos por este parecerista se apresenta como condição limitadora da participação.

O TCU entende que a escolha dos requisitos de habilitação deve ser pautados pela administração pública de forma discricionária, como se observa do julgado abaixo:

“CONSIDERANDO A COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO DE INSTITUIR AS REGRAS DO CERTAME LICITATÓRIO DENTRO DAS BALIZAS DA LEI, É ADMITIDO O ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS DIFERENCIADOS, CONDICIONADOS PELO VALOR DAS PROPOSTAS, PARA APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO.



HERCULANO & RIBEIRO

ADVOCACIA



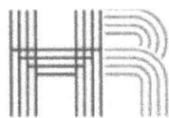
Ainda no âmbito da Representação contra pregão eletrônico promovido pelo Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde – INCQS, destinado à contratação de empresa prestadora de serviço de preparação para edição de revista, a unidade técnica apontara irregularidade atinente à inclusão, no edital, de diferentes critérios de habilitação em função do valor da proposta, a seguir:

“9.2. Para as PROPOSTAS (VENCEDORAS) IGUAIS OU INFERIORES A R\$ 80.000,00 ... será verificada a habilitação jurídica, a regularidade trabalhista e a regularidade fiscal da licitante em relação à Fazenda Nacional, Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Para as PROPOSTAS (VENCEDORAS) SUPERIORES A R\$ 80.000,00 ... será verificada, além do disposto no subitem 9.2, a regularidade fiscal da licitante em relação à Fazenda Estadual e Municipal e a sua qualificação econômico-financeira”. Para a unidade técnica, tal cláusula “não guarda respaldo na Lei 8.666/1993 e constitui tratamento não isonômico, ferindo o princípio da igualdade, previsto no art. 3º da citada Lei”. O relator dissentiu, ressaltando que “segundo o art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993, também aplicável ao pregão, por interpretação extensiva e ante o seu caráter simplificado, a documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte”. Dessa forma, “CONSIDERANDO O PERMISSIVO LEGAL SUPRAMENCIONADO; A COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO DE INSTITUIR AS REGRAS DO CERTAME DENTRO DAS BALIZAS DA LEI; E A IDÉIA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA DE ‘TRATAR IGUALMENTE OS IGUAIS E DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS NA MEDIDA EM QUE ELES SE DESIGUALAM’”, concluiu não haver ilegalidade na cláusula em comento. O Tribunal acolheu o voto do relator. Acórdão 52/2014-Plenário, TC 033.436/2013-4, relator Ministro Benjamin Zymler, 22.1.2014.”

☎ 81-3204-6375

✉ contato@herculanoribeiro.adv.br

📍 Rua Coronel João Rufino, 42, Poço, Recife-PE.



HERCULANO & RIBEIRO
ADVOCACIA



Todavia, no caso em tela, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é uníssona ao entender que o registro em órgão de classe só se aplica ao atestado de capacidade técnica do profissional, de modo que a exigência prevista no item 9.7.3 fere o art. 30 e seguintes da Lei n.º 8.666/93 e por conseguinte, o princípio da legalidade, como ficou explícito em julgado recente Acórdão 3094/2020 Plenário, Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman.

Portanto, a outro entendimento não se pode chegar senão pela ilegalidade do item na forma como está, devendo ser retificado o edital para deixar de considerar o registro em órgão de classe como requisito para o atestado de capacidade técnico-operacional da empresa.

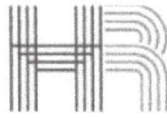
Outro ponto que deve ser alertado é quanto aos itens 9.7.1 e 9.7.5.2, os quais além de pedir a comprovação e inscrição no CREA, também pedem aos participantes a comprovação de regularidade perante o órgãos de classe.

Ocorre que tal exigência não é aceita pela Jurisprudência, como se verifica do julgado abaixo:

“Licitação. Qualificação técnica. Conselho de fiscalização profissional. CREA. Quitação.

É ilegal a exigência de prova de quitação com o Crea para fins de habilitação, pois art. 30, inciso I, da Lei 8.666/1993 exige apenas o registro na entidade. O disposto no art. 69 da Lei 5.194/1966, que regulamenta o exercício dos profissionais de engenharia, não pode prevalecer diante do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, nem da própria Lei 8.666/1993 (norma geral). Acórdão 2472/2019 Primeira Câmara (Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman)”

Assim, os referidos itens também devem ser retificados.



HERCULANO & RIBEIRO
ADVOCACIA



4. Da Conclusão

Posto isso, resguardado o poder discricionário do gestor público quanto à conveniência e oportunidade da prática do ato administrativo, opino pela **RETIFICAÇÃO** da minuta do edital e seus anexos.

É o parecer, salvo melhor juiz

Trindade/PE, 10 de março de 2022.

Antonio Ribeiro Júnior

OAB-PE n.º 28.712.