



Estado do Rio Grande do Norte
PREFEITURA MUNICIPAL DE APODI
Secretaria Municipal de Administração e Planejamento
CNPJ: 08.349.011/0001-93
Praça Francisco Pinto 56, - Centro - **CEP** - 59700-000
Fone (84) 3333 - 2122 - 3333-3610

PARECER JURÍDICO

*Recurso Administrativo contra
Comissão Permanente de Licitação
– Tomada de Preço nº 002/2021.*

TOMADA DE PREÇO Nº 002/2021 – PMA/RN.

PROCESSO Nº 08040009/2021

Instada essa Assessoria no objeto de emitir Parecer Jurídico no presente caso. Tratam os autos de uma Tomada de Preços para contratação de empresa especializada na construção civil, para execução das obras de pavimentação de diversas ruas, na zona urbana do município de Apodi/RN. Trecho da Rua Nonato mota, Rua Vereador Titico Targino e Rua Antônio Marcos Teixeira Diniz. CR: 1.070.894-54/2020, conforme especificações e demais elementos técnicos constantes no projeto básico.

Em síntese alega a empresa BDF ENGENHARIA INTEGRADA E SERVIÇOS EIRELI que foi habilitada, bem como classificada em 6º lugar entre as licitantes. Alega ainda que, com a publicação da classificação as propostas de preços, constatou vícios insanáveis nas propostas das empresas: **DECSCNONSTRUÇÕES E LOCAÇÃO EIRELI, ENSERV SERVIÇOS DE ENGENHARIA, A C L MAIADANTAS & CIA, PONTES ENTRENIMENTO EIRELI E IEX EMPREENDIMENTOS E ENGENHARIA EIRELI.** Nesse sentido requer a desclassificação das empresas citadas.

Contrarrrazões apresentadas pelas recorridas **DECSCNONSTRUÇÕES E LOCAÇÃO EIRELI e ENSERV SERVIÇOS DE ENGENHARIA**

I - PRELIMINARMENTE

Cumpr frisar que o exame realizado no presente parecer se restringe aos aspectos jurídicos acerca do cumprimento dos requisitos legais do edital

exposto no processo administrativo, excluindo-se da análise quaisquer pontos de caráter técnico, econômico e/ou discricionário, uma vez que tais avaliações não são de competência desta assessoria.

II – ANÁLISE JURÍDICA

Tendo em vista o Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa que norteia a conduta dos licitantes e dos agentes públicos, a qual tem que ser lícita, compatível com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

Considerando que ao descumprir normas constantes do Edital a Administração Públicas e frustra a própria razão de ser da Licitação e viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como a Legalidade, a Moralidade, a Isonomia.

A Administração Pública se destina a garantir a observância do princípio constitucional da Isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos interessados.

Assim dispõe o art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Quanto ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de forma incontestada, trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

A Constituição Federal brasileira determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Explicita ainda a Constituição a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

Para regulamentar o procedimento da licitação exigido constitucionalmente, foi inicialmente editada a Lei n. 8.666/1993. Com a Lei n. 10.520/2002, mais uma modalidade licitatória (pregão) foi introduzida no modelo brasileiro, ao qual se aplicam subsidiariamente as regras da Lei n. 8.666/1993. Seja qual for a modalidade adotada, deve-se garantir a observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei n. 8.666/1993.

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela próprias lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório:

é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)

O mesmo autor prossegue no exame da questão, e reforça sua argumentação a respeito da vinculação do edital com o art. 41, §2º, da Lei 8.666:

Ali, fixa-se prazo para que o licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado esse prazo, decairá o participante da licitação do direito de impugná-lo. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode esperar pela sua inabilitação ou desclassificação para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.417).

Ademais, não se pode esquecer que a licitação é “o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 236.)

E para desenvolver tal mister, é necessária a fiel observância de diversos princípios, dentre eles o do da vinculação ao instrumento convocatório.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório possui, portanto, extrema relevância, na medida em que vincula não só a Administração, como também os administrados às regras nele estipuladas.

Dessa feita, em se tratando de regras constantes de instrumento convocatório, deve haver vinculação a elas. É o que estabelecem os artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei nº 8.666/1993, in verbis:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Trata-se, na verdade, de princípio inerente a toda licitação e que evita não só futuros descumprimentos das normas do edital, mas também o descumprimento de diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo.

Nesse sentido, vale citar a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Trata-se de principio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no art. 3º da Lei n 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O



princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender as exigências concernentes a proposta, serão desclassificados (artigo 48, inciso I). (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 299.). Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se predeceu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou. Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital. (Grifos nossos).

Como se vê, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de perpetuação de tal vinculação durante toda a execução do contrato.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o edital “é lei interna da licitação” e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

Sobre o tema, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos Tribunais Regionais Federais e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado.

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apócrifa, a



inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

Por fim, para além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila a posição do TCU sobre a matéria aqui discutida. Há centenas de acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao edital, com orientação alinhada à decisão da Pregoeira, 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”.

Por todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, ou mesmo relativizá-las, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congêneres.

Tendo em vista que a matéria invocada, não está prevista no edital que regula o certame em comento e, que o acórdão do TCU ora invocado não é lei e não vincula nem mesmo a administração federal. Assim, não contendo o edital a previsão de que as empresas licitantes optantes pelo simples nacional, devam apresentar os percentuais de ISS, PIS e COFINS discriminados na composição do BDI de acordo com as alíquotas que deve recolher, nesse sentido, entendemos equivocado o mérito do recurso e, por vinculação ao instrumento convocatório, as licitantes devam permanecer classificadas, haja vista, terem sido fiéis ao edital do certame.

É salutar registrar a existência de discussão seminal no âmbito da corte acerca da abrangência e dos limites da suposta competência normativa do TCU prevista no parágrafo do 2º do artigo 79 do Decreto-Lei

2.300/1986ⁱ, a norma geral sobre licitações e contratos administrativo revogada posteriormente pela Lei 8.666/1993.

Tal previsão foi discutida pelo Plenário do TCU em sessão no dia 13/8/1987, no bojo do Processo TC 2.084/1987ⁱⁱ, referente a um grupo de trabalho constituído “com a finalidade de proceder a imediatos estudos relativos ao Decreto-lei n° 2.300”. Em seu voto, expôs o ministro Ivan Luz:

“[...] Em nenhum momento ao legislador constitucional ocorreu a hipótese de atribuir ao Tribunal de Contas funções regulamentadoras das leis, ‘instruções complementares’ a estas. Não lhe compete, desenganadamente, normatizar ‘procedimentos licitatórios’ ou matéria relativa a ‘contratos administrativos’. O que lhe cabe, isso sim, é, no exercício de suas funções jurisdicionais, interpretar as normas que regulam as atividades da administração federal para realizar o controle de legalidades de seus atos e o julgamento, conseqüente, da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens, dinheiros e valores públicos [...] Em conclusão e pelos motivos expostos, não me parece deva o Tribunal expedir as instruções complementares de que trata o §2º do art. 79 do Decreto-lei n° 2.300, de 21 de novembro de 1986”

CONCLUSÃO

Ex positis, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao princípio da legalidade, opina-se pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, mantendo-se, portanto, a classificação das empresas recorridas, no tocante a *composição de encargos sociais e BDI divergentes com o sistema de tributação adotado pela empresa*, tendo em vista que não há previsão editalícia nesse sentido;

No que se refere ao valor inexequível do profissional, abaixo do salário da convenção coletiva da classe conforme convenção em anexo, alegado pela recorrente, fica a critério do setor de engenharia do município parecer técnico quanto a desclassificação ou manutenção da classificação das recorridas.

É o parecer.



Apodi/RN, 18 de junho de 2021.



WANDER ALISON COSTA DOS SANTOS
Assessor Jurídico

ⁱ § 2º O Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência de controle da administração financeira e orçamentária (art. 70, §§ 1º e 3º da Constituição), poderá expedir instruções complementares, reguladoras dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos.

ⁱⁱ

Disponível

em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45592/43997>