



Parecer

Proc. Administrativo nº 033/2021

Tomada de Preço Nº 001/2021

1. Sinopse do Pedido.

O Município de Buerarema promove abertura de licitação, na modalidade Tomada de Preço, do tipo **menor preço global** para a contratação de empresa especializada em Engenharia e/ou Arquitetura para execução do piso e construção das bancadas da feira livre municipal, pelas condições estabelecidas no instrumento editalício.

2. Considerações Preliminares.

De início, convém destacar que esta consultoria presta parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática dos atos administrativos, que estão reservados à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e/ou financeira.

De fato, presume-se que as especificações técnicas, inclusive quanto ao detalhamento do objeto sob análise, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Ademais, entende-se que as manifestações desta Consultoria Jurídica são de natureza opinativa e, portanto, não são vinculantes para o gestor público, o qual pode, de forma justificada, adotar orientação contrária ou diversa daquela emanada da consultoria jurídica. Ou seja, o presente opinativo, como simples orientação jurídica, não tem natureza vinculante e visa tão somente auxiliar a Administração Pública na tomada das decisões que atendam primordialmente o interesse público.



3. Mérito.

A doutrina administrativista conceitua licitação como um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelos órgãos e entidades da administração pública, em que, observada a igualdade entre os participantes, seleciona a proposta mais vantajosa ao poder público, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários ao bom cumprimento das obrigações elencadas no instrumento convocatório e em seu respectivo contrato administrativo.

Trata-se, portanto, de uma disputa isonômica ao fim da qual será selecionada dentre as propostas apresentadas, aquela que demonstra maior vantajosidade aos interesses da administração para realização de obras, serviços, concessões, alienação, compras, entre outros. Tal premissa, encontra-se expressa na Carta Magna, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - 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.

O art. 22 da Lei nº 8.666/199 lista cinco modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. O conceito legal de tomada de preços informa que: “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”. (Art. 22, § 2º, Lei 8.666/93).

Assim, poderão participar de licitações na modalidade tomada de preços, aqueles que já estiverem cadastrados ou, os não cadastrados, desde que atendam às condições necessárias de cadastramento até três dias corridos antes da data marcada para o recebimento de todas as propostas. Em consequência disso, depreende-se a ideia de que essa modalidade possui uma fase de habilitação prévia dos licitantes não cadastrados.

Apesar da existência de controvérsia doutrinária sobre o tema, deve-se destacar que ilustres doutrinadores consideram que a tomada de preços teria fase de habilitação prévia, antes da data da licitação, no cadastramento prévio. Nesse sentido, a habilitação é anterior à abertura da licitação, valendo o prévio cadastramento ou o atendimento a todos os requisitos de cadastramento como habilitação do fornecedor.

Importante ressaltar que o cadastramento prévio poderá ser o cadastro do interessado no próprio órgão licitante (sendo que a empresa passará a integrar o cadastro da unidade licitante) ou a empresa pode simplesmente não pretender integrar o cadastro (mas apenas participar daquela tomada de preços), quando então ela só atenderá as condições de cadastramento para aquela licitação específica, dentro do prazo legal.

Vale dizer: se a lei determina que a tomada de preços é modalidade aberta a licitantes “que atenderem a todas as condições exigidas (para o cadastramento) até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas”, então nesse passo está obrigando a Administração a que, em algum interessado lhe fornecendo sua documentação antes daquele terceiro dia anterior ao pleito, manifeste-se no sentido de dar-lhe, até o terceiro dia anterior ao certame, o atestado de que atende as condições para cadastrar-se, o que o habilita a participar, ou, então, a informação oficial de que não atende, hipótese que o alijará da tomada de preços. Com desenvoltura, o jurista Marçal Justen Filho leciona:



"Por isso, a melhor interpretação é a de que os interessados em participar deverão apresentar, até três dias antes da data prevista para entrega das propostas, toda a documentação necessária à obtenção do cadastramento" (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14º Ed, São Paulo: Dialética, 2010, p. 264)"

Outrossim, ressalva Diógenes Gasparini:

"Da tomada de preços só podem participar as pessoas previamente inscritas no registro cadastral e as que atenderem a todas as condições exigidas para o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas (art. 22, §2º). Dois, portanto, são os grupos que podem participar dessa modalidade de licitação. O primeiro, o dos já cadastrados, portadores de Certificados de Registro Cadastral em vigor, (cadastramento normal), e o dos não cadastrados mas que atendam a todas as condições de cadastramento e demonstre nesse prazo o interesse de participar da tomada de preço aberta (cadastramento especial). Não obstante a diversidade da formalidade e da época do cadastramento, os integrantes dos dois grupos deverão estar cadastrados, daí nossa definição, só mencionar interessados cadastrados. A qualificação dos interessados é prévia, ou seja, efetivada por ocasião do cadastramento normal ou na oportunidade do cadastramento especial." (Direito Administrativo, 13ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, pp. 566/567)



Trata-se de uma característica desta modalidade. A empresa interessada em participar da licitação deve se cadastrar. Caso contrário, não conseguirá participar da licitação. Assim, entendemos que, por força deste posicionamento doutrinário, sobretudo em função da existência de um cadastramento prévio conforme descrito, no dia e hora marcados para a sessão da tomada de preços, poderá ser feita apenas a abertura dos envelopes comerciais.

Lançando mão da competência conferida pela o art. 84, caput, inciso IV, da Constituição e tendo em vista o disposto no art. 120 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, O Presidente da República editou o Decreto nº 9.412 de 18 de junho de 2018, alterando os valores das modalidades de licitação que trata o art. 23 da Lei nº 8.666/93, estabelecendo:

“Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais);
(...)”

Com isso, de acordo com as regras estabelecidas, a tomada de preço é a modalidade correta a ser utilizada nas contratações para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente.

Não compete ao Órgão Consultivo emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade. O órgão técnico deve apresentar os subsídios que permitam o devido processo de subsunção dos fatos à norma, de modo que o enquadramento como obra ou como serviço de engenharia seja coerente, lógico, plausível e perfeitamente adaptado ao direito.



A convergência, porém, será proporcional à robustez dos elementos processuais. Assim, os responsáveis pela elaboração dos projetos deverão fundamentar diligentemente as escolhas apresentadas, enquanto o órgão de Consultoria deve zelar pela correta instrução processual. O mesmo se aplica relativamente à definição do caráter “comum” do serviço, vez que o nível de detalhamento das informações existentes no processo influencia diretamente no critério de padronização do objeto da licitação.

A distinção é relevante para a escolha da modalidade licitatória cabível, vez que apenas os serviços comuns de engenharia podem e devem ser obrigatoriamente licitados por meio de pregão, de modo que o órgão técnico deverá analisar cuidadosamente as características da atividade a ser contratada a fim de corretamente caracterizá-la como obra ou serviço de engenharia e fundamentar convincentemente a decisão adotada.

Necessário que se observe os requisitos contidos na Lei n.º 8.666/93 - Lei de Licitações, atendendo as regras contidas no caput do art. 40 da mencionada lei, compondo-se, como ali exigido, do preâmbulo e do corpo. O primeiro contendo os dados fundamentais acerca da licitação, possibilitando que qualquer interessado, mediante simples e rasa leitura, identifique o certame, bem como verifique eventual interesse em dele participar e tenha ciência acerca do local onde poderá obter maiores informações.

Ademais, imprescindível que se defina o objeto da licitação; sanções cabíveis; prazo e condições para assinatura do contrato; condições para participação; critério para julgamento, critério de aceitabilidade dos preços, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato. Atendendo a todas as exigências necessárias, inclusive no tocante a verificação de existência de qualquer componente que viole ou restrinja a competição entre os interessados, não há óbice para a realização da licitação.

4. Conclusão.

Alertando da necessidade de preenchimento dos demais requisitos constantes dos incisos, do art. 38, do Estatuto das Licitações, revelando-se adequada a



modalidade de licitação escolhida, bem como o critério de julgamento, desde que obedecidos todos os requisitos legais aplicáveis à espécie.

É o parecer, SMJ.

Buerarema, 23 de fevereiro de 2021.

Marina Reis Ganda

OAB BA 55.558