



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

Assunto: Análise jurídica do Edital para contratação de empresa de engenharia para execução de serviços remanescente de obra do Palco Municipal.

Parecer nº 2908-003/2023-AJM

Vem a esta Assessoria Jurídica, solicitação da Comissão Permanente de Licitação, para análise jurídica da minuta de Edital relativo à contratação de empresa de engenharia para execução de serviços remanescente de obra do Palco Municipal.

Inicialmente, cabe esclarecer que os procedimentos de aquisição pública, seja de serviços ou de bens, visam sempre a melhor proposta para a Administração e, dentro desse foco, alguns itens do Edital podem gerar desclassificação ou descredenciamento por formalidade excessiva. O Tribunal de Contas da União já se manifestou nesse sentido:

O apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e 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. (Decisão TCU nº 695/1999)

Recomenda-se, da mesma forma, o atendimento ao comando legal existente na Lei Complementar nº 123/2006, no sentido de possibilitar, a subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, o que, mesmo sendo uma faculdade da Administração, pode ser imposto no Edital.

Quanto ao item 8.6, deve constar, nos autos da fase interna, a razão pela qual a Administração Pública vetou participação de Consórcios nos procedimentos licitatórios. O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

Relatório de Auditoria do Tribunal tratou das obras do Projeto de Integração do Rio São Francisco com as bacias hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF), especificamente do Lote 5, do Edital de Concorrência nº 12011/2011, realizada pelo Ministério da Integração Nacional - (MI). Uma das irregularidades apontadas foi a restrição à participação de empresas em consórcio. Segundo o MI, "a participação de empresas sob a forma de consórcio envolveria a discricionariedade da Administração", sendo que, conforme precedente jurisprudencial do TCU, "o juízo acerca da admissão ou não de empresas consorciadas na licitação dependerá de cada caso concreto". Ao concordar com a alegação apresentada, o relator registrou em seu voto que "há que se demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios, ou mesmo à sua autorização". Deveria ser analisada, portanto, a situação de cada empreendimento, a partir de suas variáveis, tais quais o risco à competitividade, as dificuldades de gestão da obra e a capacitação técnica dos participantes. Diante disso, a partir do que fora examinado pela unidade instrutiva, para o relator, "há que se ponderar para o fato de que cabe ao gestor definir qual o caminho a tomar relativamente à participação ou não de consórcios, de forma motivada no âmbito do processo licitatório". Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou sua anuência. Precedente citado: Acórdão nº 1246/2006, do Plenário. (Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012.)

Portanto, a recomendação, no caso em apreço, é pela existência de justificativa, por parte da Administração, no que concerne ao veto de empresas, reunidas em consórcio, participarem do procedimento licitatório. Inexistindo tal justificativa, a possibilidade de licitantes consorciados participarem do Certame deve prevalecer.

Tem-se que há vedação para que empresas que estejam sob falência e recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, concordata ou insolvência, em processo de dissolução ou liquidação, estariam proibidas de participar do Certame. Entretanto, tal regra conflita com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual nos ensina:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE Assessoria Jurídica

2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derogado.
3. À luz do princípio da legalidade, "é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa" (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016).
4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.
5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.
6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n. 8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.
7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.
8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.
(AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018)

A cláusula acima deve ser interpretada para, em havendo participação de empresa em falência ou recuperação judicial, análise acerca da viabilidade econômica da licitante em tais condições.

De outra ponta, é importante, para garantir a capacidade, tanto técnico-profissional, quanto técnico-operacional da empresa que executará o objeto contratual, que se requeira a inclusão de quantitativos mínimos relacionados aos itens de maior relevância da planilha orçamentária.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:



PREFEITURA MUNICIPAL DE SOURE
Assessoria Jurídica

Para fins de comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes, não cabe exigir atestados com quantitativos mínimos acima de 50% dos quantitativos dos itens da obra ou do serviço licitado, limitada a comprovação aos itens de maior relevância técnica e valor significativo do objeto a ser contratado, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados no processo administrativo relativo à licitação.
(Acórdão 1851/2015-Plenário)

Desta forma, sugere-se a emissão, pelo Setor de Engenharia da Prefeitura, de uma nota técnica indicando, dentro da planilha orçamentária, quais seriam os itens de maior relevância técnica e valor significativo, devendo, tais itens, constarem, no Edital, para aferição tanto da capacidade técnico-operacional quanto da profissional dos participantes.

Apesar de não haver obrigação de previsão editalícia para tanto, é importante que seja consagrado o direito das micro e pequenas empresas, além dos micro empreendedores individuais. O Tribunal de Contas da União já se manifestou da seguinte forma:

Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte por força dos arts. 42 e 43 da Lei Complementar nº 123/2006 independem da existência de previsão editalícia, sendo de observância obrigatória pela Administração, quando se deparar com situação fática que se subsume aos comandos normativos em destaque.
(Acórdão TCU nº 2.505/2009 – Plenário)

No mais, o Edital guarda total relação com a Lei nº 8.666/1993 e possibilita ampla e irrestrita participação.

É o parecer, S.M.J.

Soure (PA), 29 de agosto de 2023.

Ely Benevides de Sousa Neto
Assessor Jurídico – OAB/PA 12.502