PARECER JURÍDICO

INTERESSADO: Comissão Especial de Licitação do Município de Tomé Açu-PA. ASSUNTO: Análise Jurídica sobre Licitação na Modalidade Convite n°. 1/2021-12110002.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. CARTA CONVITE E TERMO DE CONTRATO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO DOS RAMAL MACHA NEGRA COM NOVE QUILÔMETROS DE EXTENSÃO, LOCALIZADO NA ZONA RURAL DO MUNICÍPIO DE TOMÉ-AÇU/PA. POSSIBILIDADE. EMBASAMENTO LEGAL: INCISO III E § 3º, DO ART. 22, DA LEI Nº 8.666/93. 1. Observadas, a princípio, dentre outras, as normas dos artigos 40 e 55, ambos da Lei n°. 8.666/93, deve-se aprovaras minutas do edital (carta convite) e Termo de contrato, elaboradas pela Comissão Permanente de Licitação. 2. Essa aprovação, entretanto, se limita apenas aos aspectos formais das mencionadas minutas, ficando a cargo da CEL a análise e o méritodos atos subsequentes e propriamente ditos da licitação, a qualdeverá observar, rigorosamente, dentre outras, as normas da Lei n°. 8.666/93, bem como os princípios do procedimento formal, da publicidade de seus atos, da igualdade entre os licitantes, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, e da adjudicação ao vencedor. 3. Parecer pela aprovação das minutas, com as ressalvas.

I - RELATÓRIO.

1. Vieram os autos a esta Procuradoria Jurídica, nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993, para fins de análise jurídica da legalidade dos textos das minutas da Carta Convite, e do Termo de Contrato.

2. A noticiada Carta Convite "... tem como objeto a . CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO DOS RAMAL MACHA NEGRA COM NOVE QUILÔMETROS DE EXTENSÃO, LOCALIZADO NA ZONA RURAL DO MUNICÍPIO DE TOMÉ-AÇU/PA. Os autos foram encaminhados a esta Procuradoria Jurídica pelo Departamento de Licitações para análise dos documentos necessários à instrução processual e à composição do processo de licitação, nos termos da legislação estadual e federal vigente.
3. II – Fundamentação.
4. Preliminarmente, considera-se conveniente a consignação de que a presente manifestação toma por base exclusivamente os elementos que constam nos autos do processo administrativo emepígrafe até a presente data, e que, incumbe à esta Procuradoria Jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar em aspectos relativos à conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da Secretaria Municipal de Obras, nem analisaraspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.
5. Inicialmente, há que se analisar se a licitação poderá ou não ser efetuada pela modalidade escolhida, a saber, o Convite.

Av. Três Poderes nº 738, Centro, Tomé-Açu/PA • CEP 68.680-000 • Fone/fax: (91) 3727-1339

OBS.: Este Parecer foi elaborado com o auxílio irrestrito da Assessoria Jurídica do Município de Tomé Açu/PA.

6. Tal modalidade de licitação encontra-se disciplinada pela Lei nº 8.666/93 nos seguintes termos: Art. 22. São modalidades de licitação: (. ..) III - convite; (. ..) § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em localapropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.(...) §6º Na hipótese do §3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquantoexistirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). § 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, forimpossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no §3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite. (. . .) Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: I - para obras e serviços de engenharia: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)
a) convite - até R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei n º 9.648, de 1998) (. . .) II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:(Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998) a) convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº9.648, de 1998) (. . .) § 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços': conforme o caso, para 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, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência ", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

7. Depreende-se dos autos, pois, que a licitação em questão amolda-se na disciplina legal acimatranscrita.

8. Em face de disposição legal, a licitação na modalidade convite destina-se a interessados que pertençam a ramo de atividade pertinente ao objeto a ser licitado, que poderão ou não ser
cadastrados no órgão que promover o certame, tendo como principal exigência o convite feito pela Administração.

9. Como pressuposto desta modalidade, temos que para a sua validade será necessário haver pelo menos três convidados para o certame. O alerta que se faz com relação a essa escolha é que ela deverá ser efetuada visando sempre ao princípio da supremacia do interesse público e não de interesses individuais, sob pena de se caracterizar um desvio de finalidade.

10. Em tal modalidade de licitação, na forma do que dispõe o § 6º do art. 22 da Lei n° 8.666/1993,quando existirem na praça mais de três interessados para o item a ser licitado, a cada novo conviteque possua objeto da mesma espécie ou do mesmo gênero, a Administração deverá obrigatoriamente convidar sempre mais um interessado, até que existam cadastrados que nãotenham sido convidados em licitações anteriores. É a chamada "rotatividade de licitantes".

11. O número mínimo de licitantes no convite também foi objeto de dispositivo legal, que impõe que quando esse número mínimo não for atingido, tanto por limitações de mercado, quanto por manifesto desinteresse dos convidados em participar do certame, essas ocorrências deverão ser justificadas no processo, a fim de que o procedimento não necessite ser repetido.

12. Com relação ao manifesto desinteresse, esse se configura pela própria ausência desses convidados no momento da abertura da licitação. No entanto, se esse convidado demonstrar expressamente o seu desinteresse por não trabalhar com aquele objeto, a situação se torna diferente, pois não se atingiu o número

Av. Três Poderes nº 738, Centro, Tomé-Açu/PA • CEP 68.680-000 • Fone/fax: (91) 3727-1339

OBS.: Este Parecer foi elaborado com o auxílio irrestrito da Assessoria Jurídica do Município de Tomé Açu/PA.

mínimo de três licitantes do ramo, e o convite carece de repetição.

13. No que tange à limitação de mercado, essa já se torna mais difícil de ser comprovada, pois não bastará a ausência dos convidados. Necessitará, também, de uma pesquisa mais aprofundada, consultando entidades de classes, juntas comerciais, etc., por meio das quais realmente se detecte essa limitação, e seja objeto de uma declaração justificadora nesse sentido por parte da Administração.

14. Na modalidade convite, o edital, também chamado de "carta convite", "instrumento convocatório" ou, simplesmente, "convite", não há exigência legal de publicidade em diários oficiais e/ou jornais de grande circulação, sendo que tal publicidade poderá ser realizada somente pela sua afixação em local visível na própria Administração, como em um quadro de avisos, por exemplo.

15. A ausência de previsão legal, entretanto, não pode ser entendida como vedação. É que, ao lado do princípio da legalidade estrita, que justificaria a desnecessidade de publicação do ato, há que se interpretar os dispositivos legais utilizando-se de técnicas hermenêuticas buscando a finalidade da norma como um todo.

16. Nos dizeres de Marçal Justen Filho, "Tais princípios (Licitatórios) não podem ser examinados isoladamente, aplicando-se a regra hermenêutica da implacabilidade dos princípios. Indica o inter- relacionamento entre princípios, de modo que não se interpreta e aplica um único princípio isoladamente. Devem considerar-se os princípios conjugadamente e evitar que a aplicação de um produza a ineficácia de outro. "
17. Portanto, um princípio isoladamente não deve ser levado em consideração de modo a produzir a ineficácia de outro. No caso em tela, o princípio da legalidade aplicado de modo isolado, poderia restringir a competitividade na busca pela maior eficiência, haja vista que com um número maior de participantes no processo licitatório Convite, a chance de uma proposta mais vantajosa se torna maior.

18. Assim sendo, embora não haja a determinação de publicação do aviso do edital do convite emjornal, mas apenas a comunicação direta aos convidados e afixação do aviso em mural, sugere- se que a Administração avalie a conveniência de divulgar-se a licitação, por extrato, em jornal de circulação na região, possibilitando, com tal medida, possibilitar a participação de eventuais interessados mesmo que não convidados e, consequentemente, facilitar a obtenção da proposta mais vantajosa à administração.

19. De qualquer modo, por disposição legal, a afixação do ato referente à licitação deverá ocorrer por, no mínimo, cinco dias úteis antes de sua abertura, sendo que, o não cumprimento dessa exigência poderá gerar a nulidade do procedimento.

20. No convite, por ser uma modalidade de licitação mais simples, poderá haver, mediante análise do caso concreto pela Administração, dispensa da apresentação de determinados documentos, jáque existe a pressuposição de que a Administração convidará interessados que possam executar o objeto licitado; e aqueles que se convidarem para participar, por terem como exigência o prévio cadastramento no órgão, já terão verificada a sua qualificação por meio do próprio sistema decadastro.

21. Por imposição legal, não poderá ser dispensada a comprovação de regularidade junto ao FGTS (por meio da Certidão de Regularidade de Situação - CRS, expedida pela Caixa Econômica Federal), por força da Lei n°. 9.012/95, e a prova de regularidade para com a Seguridade Social (por meio da Certidão Negativa de Débitos - CND, expedida pela Previdência Social), em face das disposições contidas no art. 195, § 3º da Constituição Federal, os quais poderão ser exigidos apenas do vencedor do certame.

22. No entanto, caso a Administração decida, no caso concreto, solicitar a exibição de alguns documentos no convite, em razão da natureza da contratação, poderá fazê-lo, devendo somente, nessa hipótese, promover a abertura do certame com dois envelopes (um contendo a documentação e outro, a proposta), a exemplo do que

Av. Três Poderes nº 738, Centro, Tomé-Açu/PA • CEP 68.680-000 • Fone/fax: (91) 3727-1339

OBS.: Este Parecer foi elaborado com o auxílio irrestrito da Assessoria Jurídica do Município de Tomé Açu/PA.

ocorre numa tomada de preços ou numa concorrência. Portanto, a abertura deverá contar com duas fases: análise de documentos e julgamento de propostas, salientando que ambas deverão ser efetuadas em ato público.

23. Verifica-se que a licitação poderá ser levada a efeito por meio da modalidade Convite, nos termos do art. 22, inciso 111 e § 3º, da Lei nº 8.666/1993.

24. Há que se apresentar, também, justificativa técnica pela opção de não utilização da licitação na modalidade Tomada de Preços, na forma instituída pela Lei nº 8.666/93.

III - CONCLUSÃO.

25. Pelo exposto, restrito aos aspectos jurídico-formais, opina-se pela possibilidade da realização da licitação na forma das minutas, e, desde que observados os apontamentos contidos no presente opinativo, especialmente os seguintes:
a) justificar, se for o caso, número inferior de participantes, na forma prevista no § 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993;
b) justificar a não utilização da licitação na modalidade de Tomada de Preços, em face do disposto na Lei 8.666/93;
c) avaliar a viabilidade da publicação, por extrato, do ato de abertura do procedimento licitatório.

26. Por derradeiro, cumpre salientar que a Procuradoria emite parecer sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados noâmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico- administrativa, além disso, este parecer é de caráter meramente opinativo, não vinculando, portanto, a decisão final cabe ao Gestor Municipal[1]. Como diz JUSTEN FILHO[2] "**o essencial é a regularidade dos atos, não a aprovação da assessoria jurídica**", ou seja, o gestor é livre no seu poder de decisão.

27. Ressalvado o caráter opinativo desta alçada jurídica, e com o inarredável respeito ao entendimento diverso, este é o entendimento, S.M.J.

Tomé Açu, 12 de Novembro de 2021.

EDISON LUSTOSA QUARESMA JUNIOR
Procurador Geral do Município
Dec.0173/2021

Av. Três Poderes nº 738, Centro, Tomé-Açu/PA • CEP 68.680-000 • Fone/fax: (91) 3727-1339

OBS.: Este Parecer foi elaborado com o auxílio irrestrito da Assessoria Jurídica do Município de Tomé Açu/PA.