

**PARECER Nº 522 / 2.023.**

Referência: Processo Licitatório nº 245/2023 / Concorrência Pública nº 013/2023.

Procedência: Secretaria Municipal de Administração.

Interessado/Impugnante: "CONSTRUTORA WILCEPAULA LTDA".

Data: 31/08/2023.

EMENTA:

"IMPUGNAÇÃO AO EDITAL - CLÁUSULAS EDITALÍCIAS - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A PRECEITOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS VINCULADORES DA CONDUTA DO ADMINISTRADOR PÚBLICO - CONSIDERAÇÕES".

CONSULTA

A Secretaria Municipal de Administração encaminha para a Procuradoria Jurídica do Município de João Monlevade solicitação de parecer jurídico para verificação da legalidade quanto ao pedido de **impugnação ao edital** realizado pela empresa "**CONSTRUTORA WILCEPAULA LTDA**".

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no **controle prévio de legalidade**, conforme inclusive estabelece o atual artigo 53, § 1º, incisos I e II, da Lei Federal nº 14.133/21 (Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC), e art. 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8666/93, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade. Ainda, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Inclusive, entendimento do Tribunal de Contas da União afirma que não é da competência do parecerista jurídico a avaliação de aspectos técnicos da licitação (Acórdão nº 1492/2021 - TCU PLENÁRIO).

Recebida a solicitação, passamos a opinar.

PARECER

Inicialmente cumpre esclarecer que a Lei Federal nº 8.666/93, que rege os contratos e as licitações da Administração Pública, estabelece, em seu artigo 2º, a necessidade do processo licitatório antes de se contratar com terceiros. Explicita, ainda, em seu artigo 3º, *caput*, que:

"Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos."

A exigibilidade é a regra geral, conforme também dispõe a Constituição Federal:

"Art. 37, 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."

Frederico Magalhães Pessoa
Assessor Especial OAB/RG 116.478
Município de João Monlevade



A licitação atua como o procedimento que precede o contrato administrativo, e tem por objetivo permitir a apresentação de propostas por todas as pessoas interessadas, possibilitando, conseqüentemente, a escolha daquela que será mais vantajosa para a Administração, gestora dos interesses públicos.

Assim, tanto para a aquisição de bens quanto para a prestação de serviços, é exigida da Administração Pública a observância da regra da obrigatoriedade das licitações como pressuposto dos contratos, restando toda a formulação da contratação registrada nos termos do edital e do contrato administrativo firmados com o contratante, restando as partes vinculadas aos termos pactuados.

No caso específico dos autos, a Administração Municipal promoveu o presente processo licitatório nº 245/2023, modalidade Concorrência Pública nº 13/2023, cujo objeto é a **“Contratação de empresa para execução de reforma do prédio do viveiro municipal, com fornecimento de equipamentos, mão-de-obra, materiais e serviços técnicos necessários à execução do objeto, em conformidade com planilha de custos, cronograma, memorial descritivo e anexo deste edital”**.

Por sua vez, na presente oportunidade a empresa **“CONSTRUTORA WILCEPAULA LTDA”** apresentou IMPUGNAÇÃO ao edital, questionando especificamente que ao analisar a composição do BDI constante no ANEXO IX, da presente licitação, verificou-se um vício grave, pois os preços unitários que constante também no ANEXO VII da Planilha Orçamentária, também estaria errado. Isto ocorre porque, junto a composição do BDI (ANEXO IX) o Município considerou o percentual ERRADO de 2,5% de ISS na composição do referido BDI, pois o percentual CORRETO seria de 5,0% de ISS sobre 100% da Nota Fiscal, considerando que se trata do percentual que o Município de João Monlevade realmente está cobrando das Construtoras. Alega a impugnante que todos os preços licitados estaria 3,41% a menor, já que, na fórmula do BDI, o ISS fica é no denominador.

Assevera a impugnante que, o Município de João Monlevade cobra das construtoras o percentual de ISS de 5,00% aplicado sobre 100% a NOTA FISCAL, e não aplicado sobre apenas 50% da NOTA FISCAL. Ou seja, a base de cálculo do ISS é 100% da NOTA FISCAL. Porém, o DEMONSTRATIVO DO BDI do Município de João Monlevade disponibilizou que a base de cálculo é de apenas 50% do valor da Nota Fiscal.

E continua a empresa impugnante asseverando que:

“A empresa CONSTRUTORA WILCEPAULA LTDA, vem através deste instrumento, IMPUGNAR o presente Edital, justamente porque a mesma está executando a obra de REFORMA E CONSTRUÇÃO NA ÁREA DE LAZER DO BAIRRO SATÉLITE, CONCORRÊNCIA 30/2022, PROCESSO 706/2022 e, ao emitir sua primeira NOTA FISCAL, recebeu uma ligação do Sr. Adilson Carlos Arlindo, Secretário de Fazenda deste Município, solicitando que a Construtora ligasse para o Setor de Tributação, para justamente receber a informação de que a Prefeitura de João Monlevade considera, para o ISS, a base de cálculo de 100% da Nota Fiscal.

E quando a CONSTRUTORA WILCEPAULA comentou que tirou esta sua primeira Nota Fiscal considerando uma base de cálculo menor que 100% e ainda citou que no Edital consta um BDI mandando considerar uma base de cálculo de 50% da Nota Fiscal, a resposta recebida do Setor de Tributação foi que o que vale é o que consta na Legislação do Município de João Monlevade e não o que consta no Edital.

E quando a CONSTRUTORA WILCEPAULA solicitou que o Setor de Tributação comunicasse ao Setor de Licitação que a base de cálculo do ISS é sobre 100% da Nota Fiscal e não sobre 50% da Nota Fiscal, como vem sendo publicado nos Editais de obras, o Setor de Tributação simplesmente nos respondeu que estão às ordens caso o Setor de Licitação os procure para etendimento e explicações.”

Ao final, solicitou a empresa impugnante CONSTRUTORA WILCEPAULA LTDA para que sejam reanalisados todos custos unitários dos itens planilhados, que insira todos os insumos com preços atualizados



com a correta incidência do ISS cobrado por esta Prefeitura, garantindo assim o equilíbrio e a harmonia entre orçamento proposto, o real custo e as propostas que serão ofertadas.

Em atendimento a impugnação apresentada pela empresa foi solicitado esclarecimentos quanto a incidência do ISSQN no caso em questão por parte da SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA, que apresentou relatório elucidativo quanto ao tema esclarecendo as peculiaridades que envolvem a questão.

Em suma, concluiu o RELATÓRIO TÉCNICO da Secretaria Municipal de Fazenda que:

"(...) Diante dessa explicação do STF, os Ministros concluíram que a jurisprudência anterior do STJ sobre o tema deveria ser retomada. Portanto, ficou estabelecido que, em geral, o prestador de serviços de construção civil é responsável apenas pelo ISS, mesmo que ele produza materiais fora do local da obra, esses materiais não estão sujeitos ao ICMS e, conseqüentemente, não podem ser deduzidos da base de cálculo do ISS. Entretanto, se o prestador do serviço também for sujeito ao ICMS, os materiais produzidos por ele fora do local da obra e comercializados junto ao tomador de serviço podem ser deduzidos da base de cálculo do ISS, sujeitos à tributação estadual."

Adiante, após esclarecimentos prestados, a SECRETARIA MUNICIPAL DE OBRAS procedeu a regular retificação do BDI, consoante impugnação ao edital apresentado e esclarecimentos apresentados pela Secretaria Municipal de Fazenda.

Enfim, impõe-se o acolhimento parcial da impugnação ao edital para o fim pretendido de retificação da composição do BDI quanto a correta incidência do ISSQN visando a regular observância das normas e princípios que vinculam a conduta do administrador público.

Em conclusão, há que ser acolhida a impugnação ao edital, ainda que de forma parcial, procedendo-se as retificações cabíveis na composição do BDI, conforme dispostos nos autos.

CONCLUSÃO

Em conclusão, **OPINAMOS pelo acolhimento, AINDA QUE PARCIAL, da IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** apresentada pela empresa "**CONSTRUTORA WILCEPAULA LTDA**", impondo-se a retificação pontual das cláusulas editalícias impugnadas no que tange a composição do BDI no ANEXO do Edital em questão, em estrito cumprimento as normas e princípios que vinculam a conduta do Administrador Público.

Registra-se que o presente parecer limitou-se a analisar a regularidade do procedimento sob a ótica jurídica prescrita pela Lei de Licitações, não se imiscuindo o parecerista no juízo de conveniência e oportunidade dos atos praticados, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica, econômica ou administrativa, por se tratarem de atos ilegítimos e estranhos à atuação deste órgão de Assessoria Jurídica, tomando por base exclusivamente os elementos jurídicos que integram o procedimento.

Salvo melhor juízo, é o parecer que submetemos a elevada apreciação superior.


FREDERICO MAGALHÃES PESSOA
Assessor Especial
OAB/MG 116.476