

**PARECER Nº 1036/2011 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE PROJETO DE LEI Nº 0105/11.**

Trata-se de projeto de lei, de iniciativa do nobre Vereador Donato, que altera a Lei nº 13.278, de 07 de janeiro de 2002.

Conforme a alteração proposta, ficaria acrescido o art. 22 – A à referida lei para prever que a adoção da pré-qualificação para obras e serviços necessariamente deverá ser precedida de projeto básico executado nos termos do inciso IX do artigo 6º da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O projeto pode prosperar, como veremos a seguir.

A proposta cuida de matéria relativa a licitação e contratos, sobre a qual compete à União estabelecer regras gerais, aplicáveis também aos Estados, Municípios e Distrito Federal, nos termos do art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, resultando daí a edição da Lei Federal nº 8.666/93, alterada pela Lei nº 8.883/94.

Ficam assim os demais entes da federação obrigados a seguir, na legislação federal sobre licitações e contratos, o que for efetivamente norma geral, restando-lhes, quanto ao mais, poder regulatório próprio.

O Município de São Paulo, ao dispor sobre o assunto, deve portanto obediência aos princípios contidos na Constituição Federal e nas normas gerais da Lei Federal nº 8.666/93, dispondo nesse sentido o art. 129 de nossa Lei Orgânica.

O Município, no exercício de sua competência legislativa suplementar (art. 30, II, CF), pode editar regras que dêem maior eficácia aos princípios da licitação, sem contudo conflitar com as normas gerais contidas no diploma nacional.

Tal entendimento é esposado, também, pela Procuradoria Geral do Estado, que em parecer publicado no DOE de 13/08/93, a respeito da aplicabilidade da Lei Estadual de Licitações nº 6.544/89 frente à nova Lei Federal nº 8.666/93, assim se pronunciou:

"O Estado dispõe de competência legislativa suplementar em matéria de licitação e contrato administrativo (CF, art. 24, § 2o). Assim, pode editar regras sobre o assunto, desde que respeitadas as normas gerais contidas na lei nacional (CF, art. 22, XXVII). Por isso, o advento da LF não revogou a lei estadual paulista nº 6.544/89 (LE) nem os decretos que a regulamentaram. Esses diplomas continuam em vigor, no que não conflitam com as normas gerais contidas no diploma nacional.

Para identificação do possível conflito, que importa na ineficácia do dispositivo estadual, deve-se atentar que, no uso de sua competência legislativa suplementar, o Estado pode ampliar as hipóteses de exigência de licitação (eliminando casos de dispensa, p. ex.), ampliar a participação no certame (elevando o número de participantes ou restringindo as exigências de habilitação, p. ex.), restringir o prazo dos contratos a quem dos limites dispostos na lei nacional, ou intensificar o controle sobre as licitações (impondo a participação da sociedade civil nas comissões de licitação, p. ex.). Regras desse teor não conflitam com as normas gerais da LF, porque editadas justamente para dar maior eficácia aos princípios da licitação".

E assim o faz a presente proposta, na medida em que busca deixar estreme de dúvida a necessidade de apresentar o projeto básico na pré-qualificação, tendo em vista que apesar da Lei Federal, em nosso entendimento, já dispor nesse sentido, jurisprudência e doutrina ainda não se pacificaram, senão vejamos:

"O interessado, à época, em sua postulação judicial, alegou que o ente licitante, que atestou, de forma pueril, ser a obra de alta complexidade, não possuía sequer o projeto básico da mesma, razão pela qual não detinha informações suficientes para embasar a sua decisão. Decisão do Juízo da Vara da Fazenda Pública: 'No que concerne à ausência de disponibilização do projeto básico na pré-qualificação, a princípio, não vislumbro a ilegitimidade aventada. Isto, porque, consoante registrado no item anterior, a pré-qualificação é uma fase distinta da própria

concorrência, para cuja participação não se afigura indispensável o acesso ao projeto básico e, tampouco, a sua existência'. E, pior, quanto à alegação do postulante da inexistência de processo administrativo, a respaldar a instauração do procedimento ( pré-qualificação ), decide o Juiz: 'Em que pese a relevância do princípio da motivação, a exigir a apresentação das razões fáticas e jurídicas que ensejam a prática de determinados atos administrativos, não se pode, lado outro, olvidar da liberdade que a Administração dispõe para a instauração de procedimentos licitatórios – não obstante a sua manifesta natureza de ato vinculante'. O que chama à atenção, no entendimento do Juízo, é o fato de ele não perceber que apesar de a pré-qualificação e a licitação propriamente dita serem fases distintas, elas estão umbilicalmente ligadas pelo objeto, ou, seja, pela obra a ser licitada. Ora, e se há obra, então, também, há de se ter o projeto. Ademais, percebe-se, por óbvio, que se existe pré-qualificação, esta pré-qualificação tem como finalidade a execução de determinado empreendimento. Não fora isto, não haveria necessidade de se promovê-la, bastaria a licitação pura e simples, e mais nada." (BRANDÃO, Caio, in "Licitações e Fraudes/O uso indevido da pré-qualificação". Disponível em: <http://licitacoesfraudes.com/2010/03/12/o-uso-indevido-da-pre-qualificacao-2/>. Acesso em: 11/07/11, grifamos).

"A contradição é apenas aparente. O art. 114 é claro ao dizer que o regime da Lei de Licitações não impede a pré-qualificação. No seu § 2º, tal artigo diz que serão aplicáveis as exigências da Lei no tocante à 'concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação'. Tenho, como certo, pois, que nas hipóteses de pré-qualificação, as regras da Lei deverão ser observadas e seguidas, porém aplicadas de modo a não impedir o procedimento de pré-qualificação.

(...)

A chave de interpretação parece estar no art. 6º, IX, que define o que se deva entender por projeto básico. Lá vemos referido que tal projeto deve conter "o conjunto de elementos necessários e suficientes ... para caracterizar a obra ou serviço" e mais adiante que tais elementos devem ser aptos a possibilitar 'a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e prazos de execução'. Permito-me daí extrair duas ordens de elementos funcionais que justificam a imprescindibilidade do projeto básico." (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, in "Pré-Qualificação Exigência de Projeto Básico". Disponível em: [http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista\\_contem.br/sist/conteudo/lista\\_conteudo.asp?FIDT\\_CONTEUDO=6592](http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_contem.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=6592). Acesso em 11/07/11, grifamos).

A pré-qualificação significa que os interessados deverão apresentar documentação que comprove as condições técnicas, econômicas e jurídicas necessárias à execução do futuro objeto do contrato. A adoção da pré-qualificação ocorre ante à complexidade do objeto que recomenda uma análise mais detida da qualificação dos interessados, conforme se vê do art. 114 da Lei Federal nº 8.666/93:

"Art. 114. O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação de licitantes nas concorrências, a ser procedida sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados.

§ 1º A adoção do procedimento de pré-qualificação será feita mediante proposta da autoridade competente, aprovada pela imediatamente superior.

§ 2º Na pré-qualificação serão observadas as exigências desta Lei relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação."

Nestes termos, Carlos Ari Sundfeld ensina que "a concorrência com pré-qualificação tem, por única especificidade, o fato de os envelopes de habilitação e com as propostas serem entregues em momentos distintos, ao contrário das concorrências comuns, em que ambos são apresentados na mesma sessão de abertura." (in "Licitação e Contrato Administrativo", São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 75).

Marçal Justen Filho, por seu turno, assevera que "a pré-qualificação deverá respeitar os princípios gerais da Lei, especialmente os atinentes a prazos e

publicidade." (in "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Dialética, 2001. p. 665)

Ressalta-se que a pré-qualificação ocorre após o edital, onde estão contidos os requisitos desta, e para que o procedimento licitatório ocorra é necessário o projeto básico. Neste passo, a Lei de Licitações trata do tema da seguinte forma:

"Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - projeto executivo;

III - execução das obras e serviços.

(..)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

(...)"

"Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

(...)"

Dessa forma, a presente proposta simplesmente dá maior ênfase aos princípios da lei federal, reafirmando que na hipótese de pré-qualificação, realizada mediante proposta da autoridade competente que julgar recomendável a análise mais detida da qualificação técnica dos interessados, deverão ser observadas as normas relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação, dentre as quais a existência de projeto básico aprovado e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

Pelo exposto, somos pela LEGALIDADE.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 14/09/11

Arselino Tatto – PT – Presidente

Milton Leite – DEM - Relator

Abou Anni - PV

Adilson Amadeu - PTB

Adolfo Quintas - PSDB

Aurélio Miguel - PR

Florianio Pesaro - PSDB

José Américo - PT