

PARECE JURÍDICO

PROCESSO LICITATÓRIO

CARTA CONVITE Nº 11/2023-PMLA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2711001/2023-PMLA

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE LIMOEIRO DO AJURU/PA

OBJETO: AQUISIÇÃO DE DIGITALIZADOR MONOCASSETTE COMPLETO CR PARA RAIOS X A FIM DE ATENDER AS NECESSIDADES DO HOSPITAL MUNICIPAL DE LIMOEIRO DO AJURU DR CRUZ MOREIRA.

1. RELATÓRIO

1. Trata o presente expediente de solicitação de análise jurídica acerca do procedimento Carta Convite visando a AQUISIÇÃO DE DIGITALIZADOR MONOCASSETTE COMPLETO CR PARA RAIOS X a fim de atender as necessidades do hospital municipal de Limoeiro Do Ajuru Dr Cruz Moreira.

2. A contratação de empresa, tendo a Comissão Permanente de Licitação, em conformidade com art. 38, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, manifestado positivamente para realização da modalidade Convite, tipo Menor Preço Global.

3. Diante disso, a CPL encaminhou a esta Assessoria Jurídica, o referido processo administrativo nº 2711001/2023-PMLA, e seus anexos, sobre a legalidade da realização do referido processo licitatório CARTA CONVITE nº 011/2023-SMS/PMLA.

4. É o que se relata.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA.

2.1. DO CARÁTER OPINATIVO

5. Inicialmente, cumpre destacar que, compete a essa Assessoria Jurídica, única e exclusivamente, prestar consultoria, sendo este parecer meramente OPINATIVO, sob o prisma estritamente jurídico, não lhe cabendo adentrar em

aspectos relativos a conveniência e 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, salvo hipóteses teratológicas.

6. Antes de adentrarmos ao mérito, é de ser verificado que a condução da análise técnico jurídica se vincula à atividade prevista legalmente da função da advocacia, em especial conforme disposto na Lei Federal n. 8.906/94. Nesta forma, para confecção do presente instrumento, é de ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo, o parecer não vincula a autoridade que tem competência decisória, ou seja, aquela a quem cabe praticar o ato administrativo final. Trata-se de atos diversos – o parecer e o ato que o aprova ou rejeita. Como tais atos têm conteúdo antagônicos, o agente que opina nunca poderá ser o que decide.

7. Nesse diapasão, reitera-se a liberdade de opinião do profissional quando da emissão de seu parecer técnico-jurídico, conforme o entendimento jurisprudencial. Senão, vejamos:

PROCESSO Nº: 0807890-77.2020.4.05.0000 - HABEAS CORPUS CRIMINAL IMPETRANTE: NATALIA LOPES DE SOUZA DUARTE ADVOGADO: Natalia Lopes De Souza Duarte PACIENTE: PÉRICLES FILGUEIRAS DE ATHAYDE FILHO ADVOGADO: Natalia Lopes De Souza Duarte IMPETRADO: JUÍZO DA 12ª VARA FEDERAL DA PARAIBA - SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE GUARABIRA RELATOR (A): Desembargador (a) Federal Paulo Machado Cordeiro - 2ª Turma EMENTA CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME LICITAÇÃO. DISPENSA INDEVIDA. PARECERISTA. PROCURADOR MUNICIPAL. INÉPCIA DENÚNCIA. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO. DOLO ESPECÍFICO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. INSUFICIENTE DESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Cuida-se de Habeas Corpus com pedido de liminar impetrado pela defesa de PÉRICLES FILGUEIRA DE ATHAYDE FILHO contra decisão de recebimento de denúncia contra si - dentre outros denunciados - proferida pelo juízo da 12ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Guarabira-PB. 2. Em suas razões, sustentou o ora impetrante: a) “O paciente foi denunciado, em conjunto com outras 07 pessoas, por suposta infração aos artigos 89 da Lei 8.666/93 na ação penal de nº 0800497- 64.2019.4.05.8204, em trâmite na 12ª Vara da Seção Judiciária da Paraíba - Subseção Judiciária de Guarabira, onde, segundo o Ministério Público Federal, teria, o Paciente, “contribuído ativamente para a simulação de

procedimento licitatório", tão somente pelo fato de ter emitido o parecer (como procurador municipal à época dos fatos) pela legalidade do procedimento licitatório na modalidade carta convite de nº 14/2012."; b) "A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal em desfavor do Paciente não aponta as circunstâncias do fato criminoso que por ele teria sido praticada, traz uma inicial acusatória composta de trinta e seis laudas, oito réus, dos quais, no que diz respeito ao Sr. Péricles, ex-procurador do Município, ora Paciente, cita-o em quatro parágrafos, onde imputa-o participação em "contribuir ativamente para a simulação de procedimento licitatório", sem contudo, definir claramente qual teria sido a conduta por ele utilizada, no cometimento do delito que lhe é imputado."; c) Apesar de apresentar resposta à acusação sustentando a inépcia da denúncia, a ausência de descrição dos fatos, a ausência de justa causa, a falta de tipicidade, bem como a ausência de indícios de dolo, o juízo teria ratificado o recebimento da peça acusatória e dado início à persecução penal, o que ensejaria constrangimento ilegal. 3. A aplicação do art. 89 da Lei nº 8.666/93 - cujo objetivo não é o de punir o administrador público despreparado, inábil, mas aquele desonesto - é objeto de divergências, inclusive no âmbito dos tribunais superiores. Neste contexto, enquanto para a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal o tipo penal do art. 89 da Lei nº 8.666/93 se qualifica como crime formal (que dispensa o resultado danoso para o erário); no âmbito da 2ª Turma do mesmo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a configuração do mencionado tipo demanda a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário, além da configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público. No entanto, quer se adote a primeira ou a segunda corrente, é certo que, a definição quanto à violação ao tipo do mencionado artigo 89 da Lei nº 8.666/93, pressupõe o efetivo exame se a conduta do agente constitui apenas um ilícito civil e administrativo ou se chegou a configurar crime, considerada a natureza de ultima ratio do direito penal. 4. **No tocante à responsabilização do parecerista, não se pode perder de vista que a função dele é a de zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades, somente. Em outras palavras: a assinatura do assessor jurídico na minuta do contrato serve de atestado do cumprimento de requisitos formais, e não materiais (STF. 2ª Turma. HC 171576/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17/9/2019 (Info 952).** 5. No caso, conclui-se não constituírem elementos suficientes, sequer ao recebimento da denúncia, as circunstâncias relacionadas: "1) ao fato de o parecer emitido pelo paciente ser genérico e com formatação semelhante a outras peças que compunham o certame; 2) a "coincidência e anomalia" de a suposta análise sobre todo o procedimento realizado pela Assessora Jurídica ter se dado no mesmo dia (17/08/2012) de uma série de outros atos, conforme minuciosamente explanado no item "I.4" desta Inicial; 4) a quantidade de irregularidades patentes

no procedimento licitatório, que não "passariam" despercebidas - senão propositadamente - pelo procurador do município; bem como 5) o fato de o parecer, segundo o MPF e diante do panorama, ter sido confeccionado justamente para dar ares de legalidade ao que notadamente restava ilícito". É que, além da ausência de indicação de prejuízo ao erário ou de dolo específico, ou mesmo de quais seriam as "irregularidades patentes no procedimento licitatório, que não "passariam" despercebidas - senão propositadamente - pelo procurador do município", não se extrai da peça inicial acusatória sequer menção à suposta vantagem que ora paciente teria obtido no exercício de suas funções, tampouco se o parecer teria sido emitido com a intenção de causar danos ao erário. 6. Não se pode deixar de considerar que, a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, pressupõe a indicação, já na fase de recebimento da denúncia, do elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida (STF. 2ª Turma. Inq 3965, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 22/11/2016). **Dito de outra forma: em tese, é possível a responsabilização criminal do parecerista, mas não pelo simples fato de ter emitido um parecer, sendo necessário, ao menos, a menção expressa - já na peça inicial acusatória - aos elementos indicativos de sua participação ativa no suposto esquema criminoso, de modo a, inclusive, dele se beneficiar. A propósito, tal indicação se mostra fundamental notadamente em se considerando a natureza jurídica do parecer jurídico como elemento meramente opinativo e, segundo a jurisprudência do STF, o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do parecerista:** STF. Plenário. MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 1º.2.2008). 7. Por fim, não se pode olvidar que, como regra, a atuação do advogado é resguardada pela ordem constitucional, de modo que eventual responsabilização penal apenas se justifica em caso de indicação de circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo. 8. Ordem concedida pra o fim de, reconhecendo, no caso, a ausência de justa causa, trancar a ação penal em relação ao ora paciente, ressalvada a possibilidade de outra denúncia ser oferecida (em relação a ele), acaso acompanhada de nova narrativa e elementos de prova indicativos dos elemento subjetivo da conduta. (TRF-5 - HC: 08078907720204050000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO, Data de Julgamento: 04/08/2020, 2ª TURMA)

8. Portanto, o presente parecer, por essência, é um instrumento de opinião não passível de vinculação à decisão da administração pública.

2.2. DA JUSTIFICATIVA

9. Presente aos autos, Ofício nº 168/2023/SMS, assinado pelo Secretário Municipal de Saúde, Edson Farias Marques, datado do dia 18/10/2023, solicitando autorização para referida Contratação e justificando-a, tendo em vista a necessidade da Secretaria Municipal de Saúde.

10. Além disso, juntado ao Processo Administrativo nº 2711001/2023-PMLA, estão, Termo de Referência, Carta Convite e Minuta de Termo de Contrato, destacando assim justificativas e necessidade da contratação.

3. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL.

11. O art. 37, XXI, como nele se lê, alberga o princípio da igualdade, ressaltados os casos especificados na legislação.

12. Feitas tais considerações, vale assentar que, de acordo com o quanto disposto no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, a regra no serviço público é a contratação de obras, serviços, compras e alienações, 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.”

13. Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva.

“O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar acerca da matéria, verbis: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas

da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, 'Curso de Direito Administrativo', Malheiros Ed., 13^a ed., p. 377. II. – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido." ("DJ" 31.10.2003)."

14. Do exposto, constata-se que os pareceres jurídicos são atos administrativos meramente enunciativos, constituindo uma opinião que não cria nem extingue direitos, sendo um "expediente" praticado pela assessoria jurídica de enquadramento dos fatos sob o prisma legal de sua ótica, dentro de uma certa coerência.

15. O presente caso tem por objeto a AQUISIÇÃO DE DIGITALIZADOR MONOCASSETTE COMPLETO CR PARA RAIOS X a fim de atender as necessidades do hospital municipal de Limoeiro Do Ajuru Dr Cruz Moreira. A modalidade que se sugere neste caso é o Convite, nos termos do art. 23, inciso II, alínea "a", da Lei nº 8.666/93, e com base também na atualização dos valores contida no Decreto nº 9.412/2018, art.1º, inciso II, alínea "a".

16. Verifica-se a priori a possibilidade legal da utilização da modalidade eleita, em vista do objeto licitado amoldar-se ao caso, bem como, o valor estimado da contratação ser menor do que o valor de até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), estipulado em Decreto nº 9.412/2018, ficando este em R\$ 143.112,33 (cento e quarenta e três mil, cento e doze reais e trinta e três centavos).

17. Até o presente momento, nota-se que, o presente feito procedeu a todas as exigências legais, pelo que se reputa que até o presente momento não existem óbices à continuidade do presente processo licitatório, incumbindo à Administração Pública divulgar edital com carta convite referente a 3 empresas escolhidas e proceder à afixação do instrumento convocatório e seus anexos em local apropriado, com o fito de dar publicidade e possibilitar a ampla ciência de demais possíveis concorrentes, para que possam manifestar o seu interesse em participar do processo, o que será possível com no máximo 24 (vinte e quatro) horas de antecedência da abertura das propostas da licitação, a teor do disposto no art. 22, §3º, da Lei das Licitações.

18. Passado ao exame da minuta presente nos autos do processo em epigrafe, devidamente rubricadas, os mesmos apresentam regularidade nos termos da Lei nº 8.666/93, uma vez que as cláusulas presentes aos autos não apresentam qualquer possibilidade ilícita de preferências ou discriminações, não contendo qualquer irregularidade à legislação pertinente.

19. Os contratos administrativos são regidos, na legislação pária, pela Lei 8.666/93, lei das licitações públicas, tratando-se de contrato administrativo, o seu objeto, como define MARIA HELENA DINIZ, *“é o bem público, o serviço público, a utilidade pública ou o interesse público”*, porque um dos sujeitos da relação é a Administração Pública. O Objeto será sempre um bem ou serviço público, devendo estar presente, de forma determinante, o interesse público.

20. Os contratos regulados pelo Estatuto das Licitações devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definem os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

21. No caso vertente, a minuta do contrato preenche todos os requisitos para a formalização do presente certame, suas cláusulas contemplam os requisitos do art. 55 e seguintes da Lei 8.666/93.

22. A Minuta de Edital prevê, em seu preâmbulo, o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada, a modalidade, o regime de execução e o tipo de licitação, a menção de que será regida pela citada Lei, em conformidade com o artigo 40, *caput*, da Lei nº 8.666/93. Contém, ainda, informações referentes ao objeto, credenciamento, prazo de vigência e prazo de recursos, local e condições para assinatura do contrato, sanções, critérios para habilitação e julgamento, dentre outras exigências, em consonância com supramencionado artigo 40, da Lei nº 8.666/93.

23. A Minuta de Contrato contém informações sobre: o objeto licitado, obrigações das partes contratantes, normas sobre o recebimento dos bens e execução do contrato, bem como infrações e sanções contratuais, dentre outras exigências, em consonância o que preleciona a Lei nº 8.666/93.

24. Diante exposto, opinamos pela continuidade do processo em seus ulteriores termos e atos legais.

4. DA CONCLUSÃO

25. Pelo exposto, e pelos fundamentos apresentados, esta Assessoria Jurídica, opina pela aprovação dos procedimentos adotados até o presente momento, entendendo que as minutas de edital do convite e contrato apresentadas se encontram dentro do que exige a legislação, motivo pelo qual opina-se pela continuidade do processo, ante a legalidade da modalidade adotada, qual seja, Carta Convite para AQUISIÇÃO DE DIGITALIZADOR MONOCASSETTE COMPLETO CR PARA RAO X a fim de atender as necessidades do hospital municipal de Limoeiro Do Ajuru Dr. Cruz Moreira.

26. É o Parecer, s.m.j.

Limoeiro do Ajuru (PA), 31 de outubro de 2023.

Amanda Lima Figueiredo
Advogada – OAB/PA 11.751

Adrielly de Lima Lima
Advogada - OAB/PA 32.118