Parecer Jurídico
Processo N° 2020140904
Interessado: Secretaria Municipal de Saúde - SEMSA.
Assunto: Aquisição de Material de Construção, Elétrico, Hidráulico, Pintura, Ferragens, Equipamentos de Proteção.
Fundamento Legal: Diversos Dispositivos da Lei Federal 8.666/93.

Direito Administrativo. Licitação. Registro de Preços. Pregão Presencial. Menor preço por item. Análise jurídica prévia do edital e seus anexos. Aprovação da minuta de edital, e anexos.

I- Relatório

Senhora Presidente, da Comissão Permanente de Licitação,

Nestes termos vieram os autos do processo para emissão do parecer jurídico, em conformidade com o parágrafo único do art. 38 da Lei n°. 8.666/93, para Aquisição de Material de Construção, Elétrico, Hidráulico, Pintura, Ferragens, Equipamentos de Proteção..

Preliminarmente, o parecer jurídico tem o fito de embasar a autoridade no controle da legalidade administrativa quantos aos atos a serem praticados ou já conclusos. Nesse mesmo sentido, a manifestação jurídica envolve o exame prévio do processo administrativo a ser celebrado e publicado.

A Procuradoria Jurídica tem o dever de apontar possíveis riscos quanto a legalidade no processo licitatório e embasar a autoridade assessorada e recomendar a tomar providências em casos de vícios que venham trazer insegurança jurídica no bojo do processo.

Os autos estão instruídos com os seguintes documentos:

I. Solicitação de autorização, SEMAP, fls. 01;
II. Solicitação de despesa n° 20200720001, fls, 02/12;
III. Solicitação de autorização, SEMAS, fls. 13;
IV. Solicitação de despesa n° 20200720004, fls, 14/23;
V. Solicitação de autorização, SEMED, fls. 24;
VI. Solicitação de despesa n° 20200720002, fls, 25/34;
VII. Solicitação de autorização, SEMSA, fls. 35;
VIII. Solicitação de despesa n° 20200720003, fls, 36/45;
IX. Termo de Referência, fls. 46/58;
X. Solicitação de cotação de preço e dotação orçamentária (Prefeito), fls. 59;
XI. Solicitação de cotação de preço, SEMAP, fls, 60;
XII. Memorando n° 309/2020-PMP/SEMAP, fls. 61;
XIII. Memorando n° 042/2020/DDC/PMP, fls. 62;
XIV. Despacho referente a solicitação de cotação de preço, fls. 63/107;
XV. Mapa de Cotação de Preço e resumo, fls. 108/169;
XVI. Solicitação de Dotação orçamentária, SEMAP, fls. 170;
XVII. Documentos relativo à Dotação Orçamentária, Setor de Contabilidade, fls. 171/172;
XVIII. Informativo de Dotação Orçamentária ao Prefeito Municipal, SEMAP, fls. 173/174;
XIX. Declaração de Adequação Orçamentária, Financeira e Autorização, SEMAS, fls. 175/176;
XX. Declaração de Adequação Orçamentária, Financeira e Autorização, SEMSA, fls. 177/178;
XXI. Declaração de Adequação Orçamentária, Financeira e Autorização, PREFEITO, fls. 179/180;

XXII. Solicitação de Abertura de Processo Administrativo e Termo de Abertura, fls. 181/182;
XXIII. Termo de Autuação, fls, 183;
XXIV. Portaria de nomeação do Pregoeiro e Equipe de Apoio, fls. 183.1/183.2;
XXV. Justificativa Prefeito Municipal, fls. 184/187;
XXVI. Relatório opinativo no tocante a modalidade e análise de minuta de edital, fls. 188/190;
XXVII. Minuta de termo de recebimento do edital, fls. 191;
XXVIII. Minuta do Edital, e respectivos anexos (Anexo I – Termo de Referência; Anexo II – Planilha Orçamentária de Preços Unitários; Anexo III – Modelo de Proposta; Anexo IV – Declaração de Cumprimento dos Requisitos de Habilitação; Anexo V - Termo de Credenciamento; Anexo VI – Declaração de Enquadramento; Anexo VII – Modelo de Declarações Múltiplas; Anexo VIII – Minuta da Ata de Resgistro de Preços; Anexo IX – Minuta do Contrato. Fls. 192/242.

Em seguida, por força do parágrafo único do art. 38 da Lei n° 8.666/93 e do art. 30, inciso IX, do Decreto n° 5.450/2005, vieram os autos a esta Procuradoria, para exame e parecer.

II- Fundamentação

Preliminarmente, importante lembrar que a análise a seguir empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no exame, notadamente naqueles previstos na Lei n° 8.666/93, no decreto n° 5.450/2005, Decreto n° 3.555/2000 e especialmente, no recente Decreto n° 7.892/2013, o qual passou a regulamentar o Sistema de Registro de Preços, revogando os anteriores Decretos n° 3.931/2001 e Decreto n° 4.342/2009, que até então dispunham sobre a matéria (art. 29), não cabendo a esta Procuradoria adentrar nos aspectos técnicos e econômicos, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida.

O parecer jurídico tem por finalidade assessorar a autoridade no que tange ao controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. A manifestação jurídica, elenca também, o exame prévio e conclusivo das minutas dos editais e seus anexos.

A competência da procuradoria é apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, a quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.

Ressalta-se, que o estudo dos autos processuais se restringe exatamente aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, entende-se que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração.

Estabelece o Enunciado n° 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da CGU/AGU:

> "A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento".

Há uma presunção de que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao objeto da contratação, suas características, requisitos e

avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

Por outro giro, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel da procuradoria jurídica exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Assim sendo, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas ou citadas as publicações dos atos de nomeação ou designação da autoridade e demais agentes administrativos, bem como, os Atos Normativos que estabelecem as respectivas competências, com o fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.

Deve-se esclarecer que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Comissão Permanente de Licitação.

Importante lembrar que a análise a seguir empreendida circunscreve-se aos aspectos legais envolvidos no exame, notadamente naqueles previstos na Lei nº 8.666/93, não cabendo a esta Procuradoria adentrar nos aspectos técnicos e econômicos, nem no juízo de oportunidade e conveniência da contratação pretendida.

De acordo com o art. 38 da Lei nº 8.666/93 c/c o art. 30, V, do Decreto nº 5.450/05, o procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo, a autorização respectiva da autoridade competente. Além do atendimento dos requisitos de autuação, (protocolo e numeração).

Alerta-se que o processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente, rubricadas e todos os atos processuais devem ser produzidos por escrito, com data e local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável (art. 22, § 1º e §4º, da Lei nº 9.874/1999). Quanto aos documentos juntados em cópia, a sua autenticação poderá ser feita pelo órgão administrativo, mediante carimbo e assinatura. Demais orientações processuais devem ser verificadas na Portaria Normativa SLTI/MPOG nº 5/2002. Observar o subitem 5.2 (numerações de folhas e de peças) da referida Portaria Normativa. Vejamos os parágrafos em negritos e sublinhados:

> **“As folhas dos processos serão numeradas em ordem crescente, sem rasuras, devendo ser utilizado carimbo próprio para colocação do número, aposto no canto superior direito da página, recebendo, a primeira folha, o número.**
>
> O documento não encadernado receberá numeração em sequência cronológica e individual para cada peça que o constituir. A numeração das peças do processo é iniciada no protocolo central ou setorial da unidade correspondente, conforme faixa numérica de autuação.
>
> As peças subsequentes serão numeradas pelas unidades que as adicionarem; a capa do processo não será numerada. Nenhum processo poderá ter duas peças com a mesma numeração, não sendo admitido diferenciar pelas letras “A” e “B”, nem rasurar. Fls. ..... Rubrica ..... Fls. ..... Rubrica ..... Nos casos em que a peça do processo estiver em tamanho reduzido, será colada em folha de papel branco, apondo-se o carimbo da numeração de peças de tal forma que o canto superior direito do documento seja atingido pelo referido carimbo.
>
> Os processos oriundos de instituições não pertencentes à Administração Pública Federal só terão suas peças renumeradas se a respectiva numeração

não estiver correta; não havendo falhas, prosseguir com a sequência numérica existente;

Qualquer solicitação ou informação inerente ao processo será feita por intermédio de despacho no próprio documento ou, caso seja possível, em folha de despacho, a ser incluída ao final do processo, utilizando-se tantas folhas quanto necessário.

Utilizar somente a frente da folha de despacho, não permitindo-se a inclusão de novas folhas até seu total aproveitamento.

No caso de inserção de novos documentos no processo, inutilizar o espaço em branco da última folha de despacho, apondo o carimbo "Em branco".

Quando, por falha ou omissão, for constatada a necessidade da correção de numeração de qualquer folha dos autos, inutilizar a anterior, apondo um "X" sobre o carimbo a inutilizar, renumerando as folhas seguintes, sem rasuras, certificando-se da ocorrência".

Ainda quanto à instrução processual, destaca-se a Orientação Normativa AGU n° 02/2009, a qual deverá ser seguida durante todo o processo: "Os instrumentos dos contratos, convênios e demais ajustes, bem como os respectivos aditivos, devem integrar um único processo administrativo, devidamente autuado em sequência cronológica, numerado, rubricado, contendo cada volume os respectivos termos de abertura e encerramento".

O presente exame jurídico recairá sobre a fase interna do processo licitatório, incluindo a minuta do edital, da ata de registro de preços e do contrato, nos termos do art. 38, § único, da Lei n° 8.666/93 e do art. 8° e 21, VII do Decreto 3.555/2000.

Prefacialmente, impende consignar que a Constituição da República, dita cidadã, em seu art. 37, inciso XXI, dispõe sobre a obrigatoriedade de a Administração Pública licitar, ressalvados os casos legais em que a lei preveja as situações de dispensa e inexigibilidade, que constituem as hipóteses de contratação direta, litteris:

CF, Art. 37 – (...)

Omissis

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.

Portanto, a licitação pública, pode ser definida como o meio através do qual a Administração Pública contrata, garantindo o cumprimento dos princípios constitucionais da legalidade, isonomia, moralidade, impessoalidade, dentre outros, buscando, ainda, a seleção da proposta mais vantajosa, nos termos da Lei Federal n.° 8.666, de 21 de junho de 1.993 (Lei de Licitações e Contratos), in verbis:

Art. 3° A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, 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 lhes são correlatos.

A licitação é o método obrigatório a ser utilizado pela

Administração Pública para realizar suas contratações. Em que pese o teor do regramento geral do acima citado dispositivo constitucional, e que em razão dessa natureza deve ser observado com rigor, tal princípio por óbvio, admite exceções.

> O Ilustre Diógenes Gasparini diz que:
>
> (...) a licitação pode ser conceituada como o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse (...)."
>
> Ensina o renomado Ivan Barbosa Rigolin:
>
> "(...) Licitação não é apenas um ato, mas todo um complexo procedimento administrativo através do qual a Administração elege, entre várias possíveis, a proposta mais vantajosa a seu interesse – que é sempre o interesse público –, com vista a algum contrato, em geral de aquisição de material ou de serviço, que pretenda celebrar (...)".
>
> Celso Antônio Bandeira de Melo, leciona que:
>
> "(...) Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados (...)".

Entretanto, o procedimento licitatório visa garantir a boa-fé das contratações entre a Administração Pública e particulares. No entanto, há situações em que o instituto da licitação aparece como meio inadequado para a consecução das necessidades do interesse público. vejamos, por exemplo, nos casos de situação calamitosa ou emergencial em que a morosidade do procedimento licitatório impede o afastamento de dano irreparável ou de difícil reparação para a administração com o adiamento da providência.

É notório que a Administração Pública para fazer contratações de serviços, efetuar compras, obras e alienações é necessário que ocorra o procedimento licitatório obedecendo o devido processo legal, essa é a Regra Geral.

No que se refere a justificativa da necessidade da contratação revela-se como requisito essencial em qualquer procedimento licitatório. A descrição do objeto deverá ser realizada com cautela, podendo-se valer a Administração de estudos técnicos, entre outros meios, para definir, de maneira precisa o que realmente é de interesse público.

Essa Procuradoria não detém conhecimento técnico para atestação se os serviços a serem contratados podem ou não ser objetivamente definidos no edital, a decisão de escolha da modalidade licitatória é de cunho inteiramente da área técnica.

Nesse sentido, no que diz respeito a responsabilização do advogado, é o julgado do STF, vejamos:

> HC 171576 MC / RS - RIO GRANDE DO SUL
> MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS
> Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 31/05/2019
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-120 DIVULG 04/06/2019 PUBLIC 05/06/2019
Partes
PACTE.(S) : WAGNER ADILSON KOCH
IMPTE.(S) : WAGNER ADILSON KOCH
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO RHC Nº 111.892 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão

Decisão: Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar, impetrado por Wagner Adilson Koch, advogando em causa própria, contra decisão proferida por Ministro Relator do STJ, nos autos do RHC 111.892/RS.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado por ter, na qualidade de assessor jurídico, emitido parecer em um processo licitatório supostamente fraudulento, além de ter, nos termos do parágrafo único, art. 38, da Lei de Licitações, assinado o contrato formalizado. (eDOCs 21-24)

Irresignado, o paciente impetrou habeas corpus no Tribunal Regional Federal, por meio do qual sustentou a falta de justa para o prosseguimento do processo penal. A ordem foi denegada. (eDOC 14, p. 99)

Daí a interposição de recurso em habeas corpus no STJ, cuja liminar restou indeferida. (www.stj.jus.br)

Nesta Corte, o impetrante aduz que não pode ser denunciado apenas por emitir um parecer, sobretudo porque ele era meramente opinativo, sem caráter vinculante.

Requer, assim, a concessão da medida liminar, a fim de suspender o andamento da ação penal e, no mérito, seu trancamento.

É o relatório.

Decido.

De início, verifico que o pedido se esbarra na Súmula 691 desta Corte, razão por que dele não poderia conhecer.

É bem verdade que o rigor na aplicação da Súmula 691/STF tem sido abrandado por julgados desta Corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal;
ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF (cf. as decisões colegiadas: HC 84.014/MG, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.6.2004; HC 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 1°.9.2006; e HC 88.229/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, maioria, DJ 23.2.2007; e as seguintes decisões monocráticas: HC 85.826/SP (MC), de minha relatoria, DJ 3.5.2005; e HC 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1°.8.2005).

Na hipótese dos autos, vislumbro constrangimento ilegal manifesto a autorizar o afastamento da incidência da referida Súmula.

A concessão de liminar em habeas corpus dá-se em caráter excepcional, em face da configuração do fumus boni iuris e do periculum in mora.

Após análise característica à cognição sumária, vislumbro constrangimento ilegal manifesto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Isso porque o paciente foi denunciado, juntamente com outros réus, sob a acusação de ter participado de um esquema licitatório fraudulento.

Para fundamentar minha decisão, ater-me-ei aos limites da denúncia, no que toca à participação do paciente:

"O ex-assessor jurídico da Municipalidade, Wágner Adilson Koch, cujo cargo lhe obrigava fiscalizar a regularidade da dispensa e do contrato, avalizou a escolha, assinando o contrato fraudado. Assim como o acusado Everson Rossi o fez nos dois primeiros contratos, atuou com dolo, 29 entendendo como emergencial um contrato pactuado quase cinco meses após o desastre e cujo prazo para execução se alargava por mais cinco meses.

(...)

Assim agindo, Constantino Orsolin, Alcyr Francisco Stacke e Wágner Adilson Koch dispensaram licitação fora das hipóteses legais, em proveito da empresa Monterry.

(...)

No mesmo sentido é a imputação ao ex-assessor jurídico, Wágner Adilson Koch, que, em substituição e representação da Procuradoria-Geral, promoveu e possibilitou os desvios vinculados ao último contrato. Foi o denunciado quem subscreveu o terceiro contrato, estando sua participação vinculada ao menos quanto a essa contratação – a de maior vulto e com mais indicativos de desvio." (eDOC 22-24)

Do teor da denúncia, vê-se que o Ministério Público pretende exigir do assessor jurídico conhecimento técnico de todas as áreas e não apenas de temas relacionados ao Direito.

É que, no processo licitatório, não compete ao assessor jurídico averiguar se está presente a causa de emergencialidade, mas apenas se há nos autos, decreto que a reconheça. Sua função é zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades.

No processo licitatório, portanto, o assessor jurídico está restrito a atestar a presença, ou não, do decreto, quando o Ministério Público exige que ele investigue a presença, ou não, da emergência.

A assinatura do assessor na minuta do contrato, de igual modo, serve de atestado de cumprimento de requisitos formais e não materiais.

Não há nenhuma menção, na denúncia, de que o paciente se beneficiou de suposto esquema, tampouco que teria emitido o parecer, a fim de, sabidamente, causar danos ao erário.

Não se está a negar que é possível a responsabilização criminal do parecerista, não pela pura emissão do parecer, mas pela sua participação ativa no esquema criminoso, de modo a, inclusive, dele se beneficiar.

É firme nesta Corte o entendimento no sentido de que o parecer puramente consultivo não gera responsabilização do seu autor. Cito os seguintes precedentes, o MS 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 31/10/2003 e o MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1°/2/2008, assim ementados:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei n° 8.906, de 1994, art. 2°, § 3°, art. 7°, 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., 13ª 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." MS 24.073, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, DJ 31.10.2003 - grifei)

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer danos ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. " (MS 24.631, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1°.2.2008)

Cito, ainda, decisão monocrática do Min. Luiz Fux, nos autos do MS 30.892, DJe 22.5.2014; além do HC 158.086, de minha relatoria, j. 18.9.2018, que transitou em julgado em recurso do MPF.

Desse modo, percebe-se que o paciente foi inserido no suposto esquema criminoso apenas por emitir parecer, na condição de assessor jurídico, de modo que, nos termos da denúncia, não há como admitir o prosseguimento do processo penal em seu desfavor.

Ademais, não há qualquer elemento que vincule o paciente subjetivamente ao fato narrado pela acusação como crime. Em Direito Penal, não se pode aceitar a responsabilização objetiva, sem comprovação de dolo ou culpa.

Conforme assentado na jurisprudência deste Tribunal, em voto que relatei:

"No entanto, para configuração da tipicidade material do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, são necessários elementos adicionais. A jurisprudência interpreta o dispositivo no sentido de exigir o prejuízo ao erário e a finalidade específica de favorecimento indevido como necessários à adequação típica – INQ 2.616, relator min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014:

'Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, caput, da Lei n° 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art.395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas na denúncia aos ora denunciados foram de, na condição de prefeito municipal e de secretária de economia e finanças do município, haverem acolhido indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços em favor da Prefeitura Municipal de Santos/SP. 3. Não se verifica a existência

de indícios de vontade livre e conscientemente dirigida por parte dos denunciados de superarem a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 4. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. A ausência de indícios da presença do dolo específico do delito, com o reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10). 5. Denúncia rejeitada. Ação penal julgada improcedente'".

Portanto, impõe-se a comprovação de prejuízo ao erário e de finalidade específica de favorecimento indevido. Sem dúvidas, em momento anterior ao sentenciamento, tal análise se realiza com parâmetro em standard probatório inferior àquele necessário à condenação. Contudo, a acusação formulada deixou de indicar qualquer elemento ou narração fática que permita tal enquadramento.

Por fim, fundamental destacar que a atuação de advogado é resguardada pela ordem constitucional. Conforme disposto no art. 133 da CF, "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei". Assim, eventual responsabilização penal apenas se justifica em caso de indicação de circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo.

Ante o exposto, concedo a liminar, a fim de determinar a suspensão do processo penal n ° 5013038-05.2016.4.04.7107, em trâmite na 5ª Vara Federal de Caxias do Sul, apenas com relação ao paciente, até o julgamento do mérito deste habeas corpus.

Comunique-se com urgência.
Colham-se informações.
Após, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República.
Publique-se.
Brasília, 31 de maio de 2019.
Ministro Gilmar Mendes
Relator

No tocante a fase preparatória, o art. 8º destina-se a observância das seguintes regras:

I - A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou a realização do fornecimento, devendo estar refletida no termo de referência;
II - O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;
III - A autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

> a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;
> b) justificar a necessidade da aquisição;
> c) estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; e
> d) designar, dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação, o pregoeiro responsável pelos trabalhos do pregão e a sua equipe de apoio;
> IV - Constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e
> V - Para julgamento, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital.

A justificativa da necessidade de contratação consta no Termo de Referência. No que se refere a justificativa da necessidade da contratação revela-se como requisito essencial em qualquer procedimento licitatório. A descrição do objeto deverá ser realizada com cautela, podendo-se valer a Administração de estudos técnicos, entre outros meios, para definir, de maneira precisa o que realmente é de interesse público.

O Termo de Referência encontra-se acostado às fls. 46/58, conforme exige o art. 8°. Inciso II, do Decreto n° 3.555/2000.

Vale ressaltar que o Termo de Referência é documento de caráter técnico, e que esta Procuradoria se abstém de fazer maiores considerações acerca de seu conteúdo, limitando-se apenas aos aspectos jurídicos-formais da minuta encaminhada.

Estabelece o art. 8°, inciso IV do Decreto n° 3.555/2000:

> Art. 8° A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras:
> (...)
> IV - Constarão dos autos a motivação de cada um dos atos especificados no inciso anterior e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento estimativo e o cronograma físico-financeiro de desembolso, se for o caso, elaborados pela Administração; e

Importa destacar, que a confecção e assinatura do Termo de Referência foi realizada pela Secretaria de Administração e Planejamento – SEMAP.

No tocante às compras realizadas pela Administração Pública, a Lei 8.666/1993, determina regras específicas, destaca-se:

> Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
> (...)
> § 7o Nas compras deverão ser observadas, ainda:

> I - A especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca;
> II - A definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação;
> (...)

No caso em tela, observa-se que os requisitos apontados no dispositivo anterior foram atendidos, pois consta no Termo de Referência a especificação completa dos produtos a serem adquiridos, bem como a estimativa das quantidades.

Quanto à adequação da modalidade licitatória escolhida, vejo que a administração pretende realizar licitação na modalidade pregão presencial.

Estabelece a Lei nº 10.520/2002, "Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado." Todavia, o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 determina que "nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão".

Diante desta narrativa jurídica, entende-se que bem ou serviço comum se mostra como um conceito indeterminado. De acordo com Marçal Justen Filho, destaca alguns paradigmas na interpretação do texto legal: "Para Marçal Justen Filho, a definição trazida pela Lei é insuficiente, uma vez que tanto bens/serviços comuns quanto incomuns obrigatoriamente serão descritos objetivamente pelo edital".

Queremos ressaltar novamente, que essa Procuradoria não detém conhecimento técnico para atestação se os serviços a serem contratados podem ou não ser objetivamente definidos no edital, a decisão de escolha da modalidade licitatória é de cunho inteiramente da área técnica.

No que se refere a forma presencial do pregão, não há vedação para que se adote tal forma, é o que está estabelecido no art. 4º, caput, do Decreto nº 5.450/2005, observa-se: "Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica". Veja, a forma eletrônica o legislador deu preferência, mas não consagrou como obrigatória, deixando assim, atos de discricionariedade.

No que tange o Sistema de Registro de Preço o edital estampa que a Administração Municipal pretende formar ata de registro de preços. Não vejo óbice quanto ao interesse, tendo em vista o amparo legal no Decreto nº 7.892/2013, o qual veio regulamentar o Sistema de Registro de Preço, consequentemente revoga-se os Decretos nº 3.931/2001 e 4.342/2002. Vejamos:

> Art. 1º As contratações de serviços e a aquisição de bens, quando efetuadas pelo Sistema de Registro de Preços - SRP, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União, obedecerão ao disposto neste Decreto.
> Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:
> I - Sistema de Registro de Preços - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;

> II - Ata de registro de preços - documento vinculativo, obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, em que se registram os preços, fornecedores, órgãos participantes e condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no instrumento convocatório e propostas apresentadas;
> III - órgão gerenciador - órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;
> IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública federal que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços; e
> IV - órgão participante - órgão ou entidade da administração pública que participa dos procedimentos iniciais do Sistema de Registro de Preços e integra a ata de registro de preços;
> (...)

O instituto do Sistema de Registro de Preços (SRP), é o procedimento a ser adotado, preferencialmente, nas hipóteses estabelecidas no art. 3° do referido Decreto, vejamos:

> Art. 3° O Sistema de Registro de Preços poderá ser adotado nas seguintes hipóteses:
> I - Quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;
> II - Quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;
> III - Quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou
> IV - Quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Por outro giro, o julgamento das propostas deverá ser fixados critérios objetivos que possibilitem comparar as medidas com seus padrões específicos, considerando inevitavelmente os prazos para execução do contrato, do fornecimento, suas especificações técnicas, principalmente a qualidade e as demais condições impostas no edital.

O Decreto n° 7.892/2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preço, também ampara como critério de julgamento das propostas o menor preço. O referido Decreto no que tange ao Sistema de Registro de Preços, dar permissão a Administração para subdividir o quantitativo total do item em lotes, é o que está estabelecido a seguir:

> Art. 8° O órgão gerenciador poderá dividir a quantidade total do item em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços.
> § 1° No caso de serviços, a divisão considerará a unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame. (Redação dada pelo Decreto n° 8.250, de 2.014)
> § 2° Na situação prevista no § 1°, deverá ser evitada a contratação, em um mesmo órgão ou entidade, de mais de

uma empresa para a execução de um mesmo serviço, em uma mesma localidade, para assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.

No tocante ao julgamento das propostas já temos entendimento sumulado do TCU:

SÚMULA TCU 247: É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

O Termo de Referência analisado por esta procuradoria constatou-se que o critério de julgamento adotado pelo órgão gerenciador (Comissão Permanente de Licitação) foi o menor preço por item, conforme consta das fls,188/190 e com observância aos ditames da lei, art. 40, VII, da Lei nº 8.666/1993. Critério de julgamento mencionado no preâmbulo da minuta do edital. Recomendações a serem feitas: a) inclusão do subitem 4.4 no Termo de Referência. Decreto 7.892/2013 que regulamenta o Sistema de Registro de Preços previsto no art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Na sequência, tem-se o instituto da pesquisa de preços que tem por escopo fazer uma busca no mercado de melhor alternativa econômica, que venha proporcionar a possibilidade de preços mais vantajosos para Administração. Para tanto, a Administração, antes de qualquer contratação, deverá conhecer o total da despesa. É adequado e moral que a pesquisa seja a mais ampla possível, envolvendo orçamentos dos mais diversos fornecedores.

As pesquisas de preços devem obedecer a alguns requisitos para que seja realizado, vejamos:

Art. 1° A Instrução Normativa nº 5, de 27 de junho de 2014, passa a vigorar com as seguintes alterações:
"Art. 2° A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros:
I - Painel de Preços, disponível no endereço eletrônico http://paineldeprecos.planejamento.gov.br;
II - Contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços;
III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou
IV - Pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias.
§1° Os parâmetros previstos nos incisos deste artigo poderão ser utilizados de forma combinada ou não, devendo ser priorizados os previstos nos incisos I e II e demonstrada no processo administrativo a metodologia utilizada para obtenção do preço de referência.

> §2° Serão utilizadas, como metodologia para obtenção do preço de referência para a contratação, a média, a mediana ou o menor dos valores obtidos na pesquisa de preços, desde que o cálculo incida sobre um conjunto de três ou mais preços, oriundos de um ou mais dos parâmetros adotados neste artigo, desconsiderados os valores inexequíveis e os excessivamente elevados.
> §3° Poderão ser utilizados outros critérios ou metodologias, desde que devidamente justificados pela autoridade competente.
> §4° Os preços coletados devem ser analisados de forma crítica, em especial, quando houver grande variação entre os valores apresentados.
> §5° Para desconsideração dos preços inexequíveis ou excessivamente elevados, deverão ser adotados critérios fundamentados e descritos no processo administrativo.
> §6° Excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente, será admitida a pesquisa com menos de três preços ou fornecedores." (NR)
> Art. 2° Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

No que se refere a pesquisa de preço, esta seguiu o curso do rol taxativo do referido dispositivo anterior, conforme consta dos autos nas fls. 63/107, e o que fora acostado nos autos do processo em epígrafe nas fls. 108/169 no que tange ao mapa de apuração e resumo de cotação de preços.

Menciona-se também dentro desta análise a questão da disponibilidade orçamentária quanto ao pregão para registro de preços. Nesse sentido, aponta a Orientação Normativa da n° 20 de abril de 2009, da Advocacia Geral da União-AGU: "Na licitação para registro de preços, a indicação da dotação orçamentária é exigível apenas antes da assinatura do contrato."

Para finalizar esta análise prévia da minuta do edital e seus anexos (Termo de Referência, Contrato), o art. 40 da Lei n° 8.666/93

Ressalta-se que o referido edital que esta procuradoria analisa, atendeu aos preceitos da lei, no que tange aos dispositivos anteriores mencionados.

Por outro giro, o julgamento das propostas deverá ser fixados critérios objetivos que possibilitem comparar as medidas com seus padrões específicos, considerando inevitavelmente os prazos para execução do contrato, do fornecimento, suas especificações técnicas, principalmente a qualidade e as demais condições impostas no edital.

Constatou-se que o critério de julgamento adotado pelo órgão gerenciador (Comissão Permanente de Licitação) foi o tipo Menor Preço Por Item Unitário, conforme consta das fls. 188/190 e com observância aos ditames da lei, art. 40, VII, da Lei n° 8.666/1993. Critério de julgamento mencionado no relatório opinativo.

DA MINUTA DO EDITAL E CONTRATO

Por se tratar de procedimento administrativo com um conjunto de atos a serem realizados até a sua consumação, precisa ter um normativo próprio, no caso o edital ou ato convocatório.

O edital é uma peça escrita que tem por finalidade a divulgação de informações acerca de determinado fato jurídico, segundo o conceito dominante na doutrina. Em editais de concursos públicos, devem ser previstas as regras relativas à competição, observados, sempre, os ditames constitucionais. Assim, a corriqueira afirmação de que o edital é a lei do concurso, muitas

vezes confeccionado ao livre arbítrio do administrador público, tem conduzido a — ou pelo menos facilitado — fraudes, desvios e manipulações de resultados, haja vista que o procedimento direcionado vicia o resultado final do concurso. Assim, a discricionariedade na elaboração do edital é limitada pela Constituição e pela lei. Nas palavras de Eduardo García de Enterría, a Administração não pode, em nome de suas faculdades discricionárias, violar princípios constitucionalmente consagrados.

O edital é a peça mais importante do certame, na medida em que fixa, a priori, as regras a que se submeterão tanto candidatos quanto administração pública. Embora se possa considerá-lo a lei do concurso, essa normatização deve obediência aos princípios constitucionais, às normas administrativas, especialmente a razoabilidade, bem como às especificidades do concurso e da função pública que se pretende preencher, o que nem sempre se tem verificado na prática administrativa.

Por outro lado, a identificação do preço a ser praticado, de responsabilidade da fase interna, entendemos que a colação de preço pode assegurar a compatibilidade do praticado no mercado, **evitando eventual superfaturamento**.

Deve ser ponderada pela CPL, se alguma exigência cobrada está dentro dos comandos fixados nos arts. 28 a 31 da Lei no. 8.666/93 e normas especiais. Caso não ser enquadrado na exigência legal, deve ser avaliada ou não sua impertinência, tudo em prol da observância dos princípios contidos no art. 3° da LGL. Tudo isso com o propósito de evitar cobranças excessivas e desnecessárias.

As especificidades decorrentes da Lei Complementar no. 123/2006 e o decreto regulamentador da matéria são observados, criando assim os privilégios para as empresas de pequeno porte e microempresas, compromisso do legislador constituinte deste país, de observância obrigatória pela Administração Pública, independe da esfera em que se promova o certame licitatório.

No presente edital, entendemos que, sem cobranças desnecessárias, estão presentes os requisitos exigidos pelo art. 40, da Lei no. 8.666/93, que permitem, formalmente, que esteja apto para a produção dos seus efeitos.

Conforme indicado alhures, as condições acima consignadas trazem os princípios inerentes a habilitação, dentre os quais, em o princípio da vinculação ao ato convocatório, como estabelece o art. 3°, da Lei no. 8.666/93, garantia para os licitantes e da própria administração pública, na escolha do melhor contratante.

DA MINUTA DO CONTRATO - Concernente a minuta do Contrato, estão elencados o objeto, as obrigações e responsabilidades, a dotação, a forma de execução, forma de pagamento, penalidades pela inexecução, a condição de supremacia da administração pública, fiscalização por parte da Administração Pública em síntese, de presencia as exigências consignadas no art. 55, da Lei no. 8.666/93 e alterações posteriores, além daquilo que foi exigido na lei interna do certame. Significa dizer que existe uma consonância do seu conteúdo com a previsão contida no edital.

III- Conclusão

Portanto, ante o pressuposto formal, presentes estão os requisitos estabelecidos em lei específica, o que autoriza o procedimento licitatório desejado pela administração pública, prossiga o seu regular caminho, qual seja a sua conclusão, nos ulteriores de direito
.

ANTE O EXPOSTO, por atender que as exigências contidas na Lei Federal N°. 8.666/93, são observadas quer no Edital e na minuta do Contrato, somos de manifestação favorável a realização do certame licitatório pretendido por esta Municipalidade, na modalidade Carta Convite que tem como objeto a contratação acima indicada, para atender as suas necessidades.

Esta é nossa manifestação, que submetemos a superior apreciação, resguardando o ato discricionário do Prefeito Municipal, no que toca a oportunidade e

conveniência da prática dos atos administrativos.

Encaminho o devido processo à Comissão Permanente de Licitação, na pessoa da presidente Maria de Fátima da Silva Pires, para dar continuidade no feito.

É o entendimento, salvo melhor juízo.

Prainha - PA, 18 de setembro de 2020.

JACKSON PIRES CASTRO SOBRINHO:66002834249

Assinado de forma digital por JACKSON PIRES CASTRO SOBRINHO:66002834249
Dados: 2020.09.18 11:09:10 -03'00'

JACKSON PIRES CASTRO SOBRINHO
Procurador do Município de Prainha-Pa

Para meditação: Porque Deus amou o mundo de tal maneira que deu o seu Filho unigênito, para que todo aquele que nele crê não pereça, mas tenha a vida eterna. João 3:16