



**PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO**

PARECER JURÍDICO

PROC N° PR2022.12/CLHO-05156

PARECER JURÍDICO N° 0010/2022

SOLICITANTE: SECRETARIA MUNICIPAL DE PLANEJAMENTO

ASSUNTO: ANÁLISE DE REGULARIDADE DE EDITAL E SEUS ANEXOS

DO RELATÓRIO:

Trata-se de solicitação para análise de regularidade de Edital de Pregão Eletrônico – **Aquisição e recarga de água mineral para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão e demais secretarias à ela vinculadas do Município de Coelho Neto – MA.**

Em atendimento ao que dispõe a Lei n° 8.666/93, no seu artigo 38, inciso VI e parágrafo único, submete à apreciação desta Procuradoria o Edital e a Minuta do Contrato Administrativo.

Consta nos autos, que o processo passou pelas autorizações necessárias das autoridades competentes, pela colheita de valores de mercado dos objetos a serem licitados, pela elaboração de minuta de edital e seus anexos (termo de referência, minuta da ata de registro de preços e minuta do contrato), justificativa, autorização para a abertura do procedimento licitatório e a previsão orçamentária. Por tanto, o Procedimento licitatório encontra-se devidamente instruído.

Concluso o relatório, passo a análise.

DA PRELIMINAR DE OPINIÃO

Antes de adentrarmos ao mérito do presente parecer é de ser verificado que a condução da análise técnico jurídica é vinculada à atividade prevista legalmente da função da advocacia, em especial conforme disposto na Lei Federal n. 8.906/94, que estabelece o Estatuto da Advocacia e da OAB. Nesta forma, para confecção do presente instrumento, é de ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2o, § 3o da Lei referida), corroborado este entendimento pela liberdade administrativa do responsável, gestor, já que este poderá ou não seguir a opinião técnica segundo sua conveniência e finalidade.

Reitera-se a liberdade de opinião do profissional, conforme os entendimentos jurisprudenciais que seguem, assim como a desvinculação do profissional à opinião, cabendo ao gestor sua vinculação ou não, conforme sua conveniência. O presente parecer, por essência, é um instrumento de opinião não passível de vinculação à decisão da administração pública, assim entende a jurisprudência:

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 dano 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.

(STF - MS: 24631 DF, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 09/08/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO PARECERISTA. SUPOSTO CRIME EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 89, CAPUT, DA LEI 8.666/93. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CABIMENTO. INEXISTÊNCIA D EINDICAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO CAUSÍDICO. ORDEM QUE DEVE SER CONCEDIDA. 1. Não se pode deixar de considerar que sendo o ato do parecerista um ato opinativo, a manifestação jurídica não se constitui como ato administrativo em si, podendo apenas ser usada como elemento de fundamentação de um ato administrativo posteriormente praticado. 2. Precedente: STF - MS 24.631-6 - DISTRITO FEDERAL - Relator (a): Min. Joaquim Barbosa - Julgamento: 09/08/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 01-02-2008. Neste julgamento, o Relator, Ministro JOAQUIM BARBOSA, apresentou o entendimento de que a responsabilização do advogado parecerista somente pode ocorrer quando a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão. 3. Discussão que ganha maior relevo no âmbito do Direito Penal. O tipo

penal se dirige, em princípio, ao administrador: dispensar, indevidamente a licitação ou declará-la inexigível fora dos casos legais (art. 89, caput da Lei 8.666/93). Cabe verificar de que modo a conduta imputada ao advogado teve relevo para a concretização desse ato de dispensa de licitação, e, na situação apresentada, o se verifica é a emissão de um parecer sem qualquer fundamentação. 4. O advogado simplesmente não disse nada; ele fez uma apreciação da questão e invocou o art. 24, inciso IV, para afirmar que a situação de emergência estaria contemplada por ele. Contudo, essa referência que ele fez foi uma observação em tese, como se estivesse transferindo para o administrador a responsabilidade no sentido de praticar ou não aquele ato. 5. Para que se sustente a possibilidade de responsabilização penal do advogado subscritor do parecer, outros elementos devem ser apresentados na peça acusatória, o que na situação não ocorreu. Não há nenhuma indicação na denúncia de que o advogado estava em conluio com o Prefeito, e que haveria o dolo do causídico, ao emitir o parecer, direcionado à prática de um ilícito penal. Ou seja, não foi apresentado qualquer indício de aliança com o agente político para prática de atos de corrupção. 6. Ordem concedida.

(TRF-5 - HC: 71466220134050000, Relator: Desembargador Federal Manoel Erhardt, Data de Julgamento: 15/08/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/08/2013)

Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Parecer emitido pelo Procurador Geral do Município de Petrópolis opinando pela celebração de convênio entre o Município de Petrópolis e OCIPS. Órgão ministerial que sustenta a ocorrência de dispensa indevida de licitação sob o simulacro de convênio. Decisão de recebimento da petição inicial. Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam, tendo em vista a teoria da asserção. Petição inicial que satisfaz os requisitos previstos no art. 282 do CPC, a afastar a preliminar de inépcia da exordial. Afastadas as prejudiciais de prescrição da ação e da pretensão de ressarcimento ao Erário. Responsabilidade do advogado público. Inexistência na hipótese. Parecer que possui natureza de ato enunciativo, e, portanto, incapaz de gerar direitos e obrigações. Ausência de fortes indícios acerca da existência de dolo ou culpa grave que apontem para a prática de ato ímprobo por parte do agravante. Recurso provido.

(TJ-RJ - AI: 00183666320158190000 RJ 0018366-63.2015.8.19.0000, Relator: DES. WAGNER CINELLI DE PAULA FREITAS, Data de Julgamento: 01/07/2015, DÉCIMA SÉTIMA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 03/07/2015 17:15)

O objeto do presente parecer encerra o exame dos atos realizados no procedimento interno de apuração da presente licitação para devida análise quanto aos eventos ocorridos. Assim, excluindo-se os elementos técnicos e econômicos que embasaram o procedimento, é realizada a presente análise sobre os elementos ou requisitos estritamente jurídicos dos autos.

Neste sentido cabe a ressalva técnica que ao gestor público é livre a condução da Administração Pública, subordinando-se, contudo, às vertentes das normas de regência, em especial, os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo. Sem desclassificar a presente peça como opinião técnica quanto à regularidade legal do procedimento, desvinculadas das finalidades que os justificam e tendo por base o próprio procedimento, incluso as declarações, autorizações, determinações e demais atos nele presentes. Cabendo ao gestor proceder aos demais atos conforme sua conveniência.

DA FUNDAMENTAÇÃO:

O objeto da licitação em análise é o registro de preços para futura e eventual Aquisição e recarga de água mineral para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Planejamento e Gestão e demais secretarias à ela vinculadas do Município de Coelho Neto – MA, de acordo com as especificações e quantitativos estabelecidos no edital e seus anexos, especialmente no termo de referência.

A licitação na modalidade de Pregão Eletrônico destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, nele não há limites de valor estimado da contratação, sendo licitação de Menor Preço por Item, além de concentrar todos os atos em uma única sessão, conjugando propostas escritas e os lances durante a sessão, e, por fim, mas não menos importante, possibilita a negociação entre o pregoeiro e o proponente que ofertou o menor preço, o que torna o procedimento muito célere e econômico para o município.

Propicia, ainda, para a Administração os seguintes benefícios:

- a) economia, pois busca a melhor proposta de preço o que gera economia financeira;
- b) desburocratização do procedimento licitatório; e,
- c) rapidez, pois a licitação é mais rápida e dinâmica assim como as contratações.

Sobre o julgamento das propostas pelo menor preço, impende destacar previsão legal do artigo 4º, X da Lei 10.520/2002:

Art. 4º. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

X – para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificação técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

No que tange o julgamento pelo Tipo Menor Preço por Item, imperioso mencionar

Súmula 247 do TCU, que acabou por pacificar a necessidade de seu uso, *ipsis verbis*:

Súmula 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. (grifo nosso)

Falando sobre as regras específicas do Pregão Eletrônico, verifica-se que no instrumento convocatório houve o registro de qual será o provedor ou a plataforma que disponibilizará o sistema eletrônico, previsto no preâmbulo do Edital.

Assim, temos que o certame poderá ser formalizado sob a modalidade já referida, PREGÃO ELETRÔNICO, do tipo MENOR PREÇO POR ITEM, possibilitando assim uma maior participação das licitantes interessadas, devendo-se tomar como parâmetro a minuta de instrumento convocatório acostado ao processo.

Observo ainda, que o edital encartado aos autos atende ao que determina o art. 40 da Lei nº 8.666/93, no que diz respeito a sua modalidade, o tipo de licitação, bem como a menção de que o procedimento será regido pelas Leis nº 8.666/93 e 10.520/2002, devendo ser complementado no seu preâmbulo o número de ordem, a secretaria interessada, além, é claro, do local, dia e horário para recebimento dos documentos e propostas de preço.

Não obstante, constam ainda: os prazos e condições para assinatura da ata do certame; as sanções para o caso de inadimplemento; as condições de participação das empresas e a forma de apresentação das propostas; os critérios de julgamento; o local, horários e formas de contato com o Departamento de Licitação para esclarecimento, protocolo de impugnações e recursos administrativos; condições de pagamento, critério de aceitabilidade das propostas de preço; critérios de reajustes; e, relação dos documentos necessários a habilitação, devendo ser complementado com o objeto da licitação.

O edital também atende ao que determina o § 2º do art. 40 da Lei nº 8.666/93, trazendo em anexo a minuta do contrato, o termo de referência e modelo de todas as declarações que deverão integrar os documentos inerentes a habilitação.

A minuta da Ata de Registro de Preços e a Minuta do Contrato estão em consonância com a legislação que orienta a matéria, trazendo em seu bojo as cláusulas exigidas pela legislação, nos termos do art. 55 da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
- II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
- VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- VIII - os casos de rescisão;
- IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
- XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

(...)

§ 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

Por fim, em análise, deve ser observado o prazo mínimo de 08 (oito) dias úteis exigidos pelo art. 4º, V da Lei nº 10.520/2002.

Importante observar que a cláusula 9.11.2 do Edital, que solicita a “Comprovação de que possui registro de revendedor varejista pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, para os itens cotados”, traz restrições a competitividade da licitação por ser, data vênia, excessiva ou até mesmo desnecessária, o que torna a cláusula contraditória. Vejamos o disposto no art. 3º, § 1º, I:

Art. 3º 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 sustentável 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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;(Grifo nosso)

Por tanto, necessário que se proceda as devidas correções cabíveis no edital como forma a adequá-lo ao termo de referência e assim fique em consonância com o disposto no artigo retrocitado.

O artigo art. 3º, II, da Lei 10.520/2002, dispõe sobre a fase preparatória do Pregão eletrônico, devendo ser observado pelo Pregoeiro o seguinte:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

No caso em tela, a **cobrança da qualificação técnica em análise é excessiva ou desnecessária e acaba por limitar a competição, o que contrária o dispositivo legal citado, além de frustrar o interesse público tendo em vista que a ampla competição visa o melhor preço para a administração.**

Além do mais, o procedimento licitatório deve basear-se nos princípios básicos das licitações, os quais sempre devem ser observados para a de qualquer licitação. Podemos citar como princípio basilar o **princípio da igualdade**, Este princípio tem origem no artigo 5º da Constituição Federal. O artigo 37, XXI, ainda expressa a “igualdade de condições a todos os concorrentes” e o seu princípio correlato, o **princípio da competitividade** ensina que a Administração deve permitir a ampla concorrência, vedado qualquer ato em sentido contrário, que comprometa o caráter competitivo do certame, que deverá ocorrer da melhor forma possível, como se pode aduzir do já citado princípio da igualdade.

Cumprido destacar ainda que, no Item 5 “*ESTIMATIVA DE PREÇOS E PREÇOS REFERENCIAIS*” do Termo de Referência, que se refere a formação dos preços referência para o procedimento licitatório, informa que a pesquisa de preços fora realizada por meio de **pesquisa de**



**PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO**

mercado, quando na verdade os documentos acostados aos autos trazem os preços obtidos por meio de Banco de Preços. Por tanto, faz-se necessária a alteração.

Assim, deve-se atentar para que no presente procedimento seja seguida a legalidade, devendo ser aplicada a legislação vigente e que orientam o procedimento licitatório, em especial as Leis nº 10.520/02 e nº 8.666/93.

DO PARECER:

O presente parecer é prestado sob o prisma estritamente jurídico, não competindo a essa assessoria jurídica adentrar no mérito da conveniência e oportunidade dos atos praticados pelos gestores públicos.

Ante todo o exposto, à luz das disposições normativas pertinentes, hipótese em que configurando assim o interesse público e a preservação de seu patrimônio, temos que o certame deverá ser engendrado sob a modalidade já referida.

Tomando-se como parâmetro a licitação pela modalidade Pregão, acostada ao processo, manifestamo-nos, portanto, **PELA IMPOSSIBILIDADE JURIDICA**, face a ilegalidade apontada no **cláusula 9.11.2 da minuta do Edital, a qual deve ser afastada**, bem como se orienta a correção no Item 5 “*ESTIMATIVA DE PREÇOS E PREÇOS REFERENCIAIS*” do Termo de Referência, devendo ser adotadas as medidas acima apontadas para o regular prosseguimento do feito.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Coelho Neto (MA), 09 de dezembro de 2022.

Cláudia Marta Miranda de Castro Silva
Assessora Jurídica
Portaria nº 117/2022- SEMP