PREFEITURA Coelho Neto AMOR AO TRABALHO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PARECER JURÍDICO

PROC Nº PR2022.11/CLHO-04975
PARECER JURÍDICO Nº 0004/2023
SOLICITANTE: SECRETÁRIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E CIDADANIA-SEMASC
ASSUNTO: ANÁLISE DE REGULARIDADE DO TERMO DE REFERÊNCIA E MINUTA DO CONTRATO

EMENTA: Inexigibilidade de licitação. Parecer jurídico a contratação de empresa especializada para empresa especializada para prestação de serviços de consultoria diagnóstico de pessoal da Prefeitura Municipal de Coelho Neto. Requisitos que devem ser cumpridos conforme a Lei nº 8.666/93, e alterações. Constatação de documentação ausente. Aprovação condicionada.

DO RELATÓRIO:

Trata-se de solicitação da Secretaria Municipal de ASSISTÊNCIA SOCIAL E CIDADANIA-SEMASC para análise de **regularidade de Inexigibilidade de licitação para a prestação de serviços de consultoria diagnóstico de pessoal da Prefeitura Municipal de Coelho Neto**, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Assistência Social e Cidadania do município de Coelho Neto - MA

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

A justificativa da futura e eventual contratação fundamenta-se na obtenção da proposta de aquisição mais vantajosa para a Administração Pública.

Consta nos autos, solicitação da autoridade competente, descrição do objeto a ser contratado, Termo de referência, Indicação de Dotação Orçamentária, Proposta da empresa, Documentação da empresa.

Porém, cumpre ressaltar que ao compulsar os autos deste Processo, não se localizou a Justificativa fundamentada para a inexigibilidade do objeto a ser contratado bem como a Justificativa acerca da formação do preço apresentado pela empresa que se pretende contratar.

Este é o breve relatório.

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 submete-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 licito 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 instancias 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. INEXISTENCIA 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 pratica de um ilícito penal. Ou seja, não foi apresentado qualquer indício de aliança com o agente político para pratica 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 convenio entre o Município de Petrópolis e OCIPS. Órgão ministerial que sustenta a ocorrência de dispensa indevida de licitação sob o simulacro de convenio. 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 improbo 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:

Preliminarmente, faz-se necessária a analise acerca da possibilidade da utilização da inexigibilidade de licitação para a contratação do objeto em análise.

Nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República impõe o dever de licitar, vejamos:

> *Art 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *(...)*
>
> *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.*

Nessa perspectiva, ensina o professor Celso Antônio Bandeira de Mello: "proporcionar às entidades governamentais a possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso e assegurar aos administrados ensejos de disputarem a participação nos negócios que as pessoas administrativas entendem de realizar com os particulares".

Portanto, a prévia licitação é a regra, tendo como atenção a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, em que pese seja em caráter excepcional, diante de situações de inviabilidade de competição, a própria lei estabelece hipóteses de inexigibilidade de licitação, conforme previsto no art. 25 da Lei nº 8.666/93, autorizando à Administração a realizar contratação direta, sem licitação. Vejamos:

> ***Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:***
>
> *I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do*

> *comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;*
>
> ***II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;***
>
> *III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. § 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*

De outra ordem, diz citado artigo 13:

> *"Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:*
> *I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;*
> *II - pareceres, perícias e avaliações em geral;*
> *III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;*
> *IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;*
> *V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;*
> *VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;*
> *VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico*;

No caso específico desta consulta, verifica-se que está configurada a hipótese de inexigibilidade de licitação, em conformidade com o artigo supracitado, qual seja a contratação de empresa para prestação de serviços de consultoria diagnóstica de pessoal da Secretaria de Assistência Social e Cidadania do Município de Coelho Neto- Ma.

A respeito do tema, vejamos o ensinamento do professor HELY LOPES MEIRELLES:

> "Serviços técnicos profissionais especializados, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além de habilitação técnica e profissional - exigida para os serviços técnicos profissionais em geral, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento"

A inexigibilidade de licitação se dá somente para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados e de natureza singular, sendo prestados por empresas ou profissionais de notória especialização.

No caso em tela trata-se de solicitação de inexigibilidade, com fundamento no artigo 25, II, cominado com o artigo 13 da Lei de licitações, **observe-se aqui, que o referido artigo traz um rol taxativo, é restritiva ante a regra geral, que é licitar.**

Sem maiores indagações quanto a possibilidade de competição, entretanto, deve ser comprovado de forma minuciosa a natureza singular do serviço que se pretende contratar.

Vejamos os ensinamentos dos doutrinadores IVAN BARBOSA RIGOLIN e MARCO TULLIO BOTTINO, mais uma vez, com peculiar precisão, trazem posicionamento elucidativo de tal questão, ao apontarem:

> "Deve-se ter sempre em mente **o binômio que faz inexigível a licitação, sendo que, se faltar um dos requisitos (um dos termos ou elementos do binômio), o serviço precisará ser licitado: o primeiro elemento - serviços de natureza singular (aqueles, todos, elencados nos incs. I a VII do art. 13; outros, ainda, que a vida das Administrações indica existirem); segundo elemento - contratados com profissionais ou empresas de notória especialização no ramo pertinente ao objeto pretendido, e não em outro ramo**. Se o serviço pretendido é de treinamento de pessoal, não adiantará para a entidade ser a firma em vista especializada em adestramento de cachorros para a polícia de narcotráfico, ou em treinamento de caratê para o serviço secreto"13 (*g.n.*).

Nesse diapasão, deve ser demonstrado na Justificativa da singularidade do serviço, esses binômios, para que não seja caracterizada a necessidade de licitar:

1. **A Justificativa quanto a singularidade do serviço;**
2. **Se o serviço pretendido pela Administração é adequado ao objetivo que se pretende e deve demonstrar ainda se seria a melhor ou única solução para satisfazer as necessidades da Secretaria.**

Segundo entendimento do TCU, a inexigibilidade está condicionada mais fortemente às características singulares do objeto de que a Administração necessita. Portanto, existiriam três condições para a referida contratação:

1) o serviço profissional especializado;
2) a notória especialização do profissional ou empresa; e
3) a natureza singular do serviço a ser contratado.

A respeito da formação de preços, para evitar superfaturamento, se faz necessária a Justificativa de preços, vejamos entendimento da AGU Orientação Normativa 17/2009, inicialmente com a seguinte redação:

> **"É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura**

contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas"

Compulsando os autos, não ficou constatado se a proposta da futura contratada são compatíveis com o mercado, uma vez que não se encontra nos autos documentos capazes de comprovar se o a proposta condiz com o valores praticadas pela própria empresa em outros ajustes.

De toda sorte, as razões de escolha do fornecedor bem como a formação do preço e a Justificativa competem exclusivamente ao Administrador.

O Termo de referência traz a indicação do objeto, especificação do objeto, justificativa, os requisitos necessários, critérios de aceitabilidade do objeto.

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, tão pouco quanto a veracidade de informações técnicas, administrativas ou financeiras.

Ante todo o exposto, à luz das disposições normativas pertinentes, hipótese em que configurando assim o interesse público e a preservação de seu patrimônio, entende-se estarem satisfeitos os requisitos para a inexigibilidade pretendida, pelo que **essa Procuradoria Opina pela POSSIBILIDADE JURIDICA EM TESE da contratação por inexigibilidade condicionados aos apontamentos aqui expostos.**

É o parecer, salvo melhor juízo.

Coelho Neto (MA), 16 de fevereiro de 2023.

CLAUDIA MARTA MIRANDA DE CASTRO SILVA
Assinado de forma digital por CLAUDIA MARTA MIRANDA DE CASTRO SILVA
Dados: 2023.01.16 09:30:24 -03'00'

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