PARECER JURÍDICO

Processo Administrativo n.º 163/22

REF: Análise de Minuta de Edital de Pregão Eletrônico n.º 004/2023.

RELATÓRIO

Vieram os autos administrativos para consulta jurídica quanto à minuta do edital de licitação pública na modalidade Pregão Eletrônico, que tem como objeto a futura contratação de empresa para a execução dos serviços de manutenção preventiva e corretiva – com fornecimento de peças, nos equipamentos e periféricos odontológicos, laboratoriais e hospitalares, conforme dispõe as descrições do termo de referência.

Os autos são oriundos do Ofício nº 0635/2022 exarado pela Secretaria Municipal de Saúde de São Miguel do Guamá, com o termo de referência em anexo demonstrando as especificações e quantidades necessárias para futura aquisição. Os autos foram recebidos com as laudas numeradas em fls. 01 a 196.

Consta Nota de Orientação Técnica-Jurídica n.º 80/2022 em fls. 108 a 111 emitida pela empresa Contratada Carvalho de Lima, que expõe os motivos e ratifica a correta instrução do certame em sua fase interna, nos moldes das legislações em vigor, estando apto para a fase externa.

Após a instrução processual interna, por meio de vários atos exarados (pesquisas mercadológicas, despachos de mero expediente, autorização, declaração orçamentária, dentre outros) ratificados pelos seus agentes públicos responsáveis, veio para consulta jurídica quanto à legalidade tão somente da **minuta do Edital**, em seus aspectos estritamente jurídicos, pela Pregoeira deste município – cf. despacho em fls. *retro*.

É o sucinto relatório.

PRELIMINARMENTE

A presente manifestação se limita à dúvida estritamente jurídica "*in abstrato*", ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto a outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração. Ressalte-se que o presente parecer se limita aos aspectos legais, não interferindo na discricionariedade da Administração Pública.

Em tempo, é esse o entendimento recente da Suprema Corte de Justiça do País, pois a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o parecer ministerial **é peça opinativa**, que não vincula o entendimento imparcial do julgador. Ademais, o presente parecer não é exigido por lei, sendo de caráter totalmente **opinativo**. Se não vejamos o que dispõe a Lei 10.520/2002:

> "IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor."

DA ANÁLISE JURÍDICA

Importante destacar que tanto a abertura de certame quanto a sua instrução serão realizadas sob a responsabilidade do pregoeiro (a) designado (a), bem como pela respectiva equipe de apoio, e membros da CPL/SMG, **sem qualquer gerência ou intervenção desta Assessoria jurídica ou Procuradoria**. Sabe-se que a Administração Pública só pode atuar em conformidade com os princípios basilares dispostos na Constituição Federal, conforme art. 37, caput, abaixo transcrito:

> "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...".

A licitação deve ser formalizada por meio de um processo administrativo conforme dispõe o art. 38, da Lei nº 8.666/93. De acordo com este dispositivo, as providências iniciais do planejamento da licitação exigem a abertura de um processo administrativo, com a respectiva autuação, protocolo e numeração e após, o servidor responsável deve providenciar a autorização da autoridade competente, com a elaboração do termo de referência ou projeto básico informando a descrição do objeto e dos serviços.

As justificativas para o prosseguimento são imprescindíveis, bem como devem conter nos autos a demonstração da existência de previsão orçamentária para arcar com a despesa relativa ao objeto que será licitado.

> "Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado,protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: I- edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso; II- comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite; III- ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite."

A modalidade de licitação chamada Pregão é regida pela Lei nº 10.520/2002. Os requisitos a serem observados na fase preparatória da licitação foram estabelecidos no art. 3º da Lei nº 10.520/2002, que assim dispõe:

> "Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: I- a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento eas cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento; II- a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição; III- dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade."

Da mesma forma, o art. 3º, da Lei nº 10.520/02 exige as formalidades que devem conter na licitação realizada na modalidade Pregão, que se complementa com o art. 38 da Lei nº 8.666/93, conforme permite o art. 9º da Lei do Pregão. O § único do art. 1º da Lei Federal nº. 10.520, de 17 de julho de 2002, assim preleciona:

> Art. 1º - Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser a dotada a licitação na modalidade de **pregão**, que será regida por esta Lei. 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 usuaisno mercado. (grifo nosso)

Ainda, o Edital deverá seguir com as cautelas recomendadas pela Lei Federal n.º 8.666/93, possuindo o número de ordem em série anual, a indicação do nome a repartição interessada, sendo certo, ainda, que deva constar a expressa indicação da modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação.

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

Considera-se, também, o Pregão Eletrônico como uma modalidade mais ágil e transparente, possibilitando uma negociação eficaz entre os licitantes, permitindo, ainda, a simplificação das etapas burocráticas que tornavam vagarosa a contratação, tornando o processo final mais eficiente e menos custoso para a Administração Pública.

Recomenda-se ao setor competente que sempre conste nos autos administrativos de futuras contratações públicas os meios pelos quais foram realizadas as pesquisas de mercado, a fim de comprovar ampla pesquisa de preços. Necessário se faz que o departamento responsável demonstre a tentativa de ampliação em busca de maior vantajosidade aos cofres públicos.

Neste cenário, destaca-se que as demandas iniciais devem ser emitidas preferencialmente em documento oficial (Ex: Ofício, Memorando, etc.) com as razões para a abertura de certame, com a justificativa conforme a necessidade de cada setor técnico e devidamente assinado pelo técnico e ratificado pela autoridade superior – ordenadora de despesa, **a fim de que não haja vícios formais na fase interna suscetíveis de intervenção dos órgãos de fiscalização e controle**.

Ademais, em caso de não possuir corpo técnico capacitado na área requisitante, recomenda-se que o gestor requisite apoio da equipe de licitação para auxilio na elaboração de documentos. Os requisitos a serem observados na fase preparatória do Pregão eletrônico foram estabelecidos no artigo 8º, do referido decreto, que assim dispõe:

> "Art. 8º O processo relativo ao pregão, na forma eletrônica, será instruído com os seguintes documentos, no mínimo: I - estudo técnico preliminar, quando necessário; II - termo de referência; III - planilha estimativa de despesa; IV – previsão dos recursos orçamentários necessários, com a indicação das rubricas, exceto na hipótese de pregão para registro de preços; V - autorização de abertura da licitação; VI - designação do pregoeiro e da equipe de apoio; VII – edital e respectivos anexos; VIII - minuta do termo do contrato, ou instrumento equivalente, ou minuta da ata de registro de preços, conforme o caso; IX - parecer jurídico."

A modalidade escolhida amolda-se as definições trazidas pela Lei quanto ao Pregão Eletrônico, pois se trata de aquisição de bens e serviços comuns, "cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no Edital".

> "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

Há de ficar claro que a Lei n° 8.666/93 veda expressamente no seu art. 3º, § 1º, inciso I, “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que **comprometam**, **restrinjam** ou **frustrem** o seu caráter competitivo, (...) ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

A igualdade de condições a todos os concorrentes nos processos de licitação está assegurada pelo artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal. Na regulamentação dada pela Lei nº 8.666/93, também está firmada como objetivo primordial da licitação a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade.

Além da legislação acima mencionada, a jurisprudência do TCU inclui inúmeros julgados que destacam a ilegalidade de procedimentos que restrinjam o caráter competitivo de uma licitação, ensejando até mesmo, em alguns casos, a nulidade do processo em questão. Abaixo listamos alguns exemplos de decisões nesse sentido, extraídas do Manual Licitações e Contratos, publicado pelo próprio TCU:

1. Acórdão 539/2007 - Plenário (Sumário) É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames.

2. Acórdão 112/2007 - Plenário (Sumário) Devem ser evitadas exigências que comprometam o caráter competitivo da licitação. A licitação deve ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos.

3. Acórdão 110/2007 - Plenário (Sumário) As exigências editalíssimas devem limitar-se ao mínimo necessário para o cumprimento do objeto licitado, de modo a evitar a restrição ao caráter competitivo do certame.

CONCLUSÃO

Ex positis, e obedecidas às demais regras contidas na Lei Federal nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 e na Lei nº. 10.520/2002 esta Procuradoria, por meio de sua Assessoria, aprova a minuta do Edital, visando à abertura de certame público, **caso este seja o interesse da autoridade superior**, recomendando desde já que só haja o prosseguimento se forem respeitadas as orientações aqui trazidas e demais orientações legais, especialmente os atuais entendimentos das Cortes Superiores.

Ao final, recomenda-se que os autos sejam submetidos à Controladoria Geral do Município, pois este tem como objetivo principal a **ação preventiva**, ou seja, antes que ações ilícitas, incorretas ou impróprias possam atentar contra os princípios da Constituição da Republica Federativa do Brasil, principalmente quanto ao previsto no artigo 37 em seus parágrafos e incisos.

São os termos do parecer, **de caráter meramente opinativo e orientador**, que submetemos à decisão maior.

São Miguel do Guamá, 17 de janeiro de 2023.

RADMILA PANTOJA CASTELLO

Assinado de forma digital por RADMILA PANTOJA CASTELLO

RADMILA PANTOJA CASTELLO
Assessoria Jurídica
OAB/PA n.º 20.908