



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

PARECER JURÍDICO

“Nos tempos atuais, diante de tamanha evolução no campo tecnológico, empresarial e social, o Estado não pode ficar à margem, apenas como expectador. A idéia de uma Administração Pública baseada na tradição, na rigurosidade formal, numa ordem burocrática pesada, está se tornando modelo ultrapassado e nada eficiente.

Urge a necessidade de um modelo gerencial na gestão administrativa, capaz de realizar a função pública de forma eficiente, moderna, acompanhando a evolução econômica e financeira da sociedade, **sem olvidar dos princípios basilares que orientam a Administração Pública.** Autora: Adriana Barossi

Recebido em: ___/___/_____.

(carimbo e assinatura)

Solicitante: Departamento de Compras.

Objetivo da Consulta: parecer sobre a legalidade do processo licitatório identificado como Pregão Presencial n. 073/2017, realizado para oportunizar a aquisição de um caminhão caçamba zero quilômetro, com as especificações que indica, requisitado pelo Sr. Gilberto Cordazzo, Secretário de Agricultura e Meio Ambiente.

Do Parecer:

A análise do processo licitatório em questão atém-se estritamente ao campo técnico-especializado relativo aos aspectos jurídicos, legais e doutrinários, uma vez que avaliação da conveniência e oportunidade da contratação de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões, locações da Administração Pública, compete ao Chefe do Poder Executivo e



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

aos membros do primeiro escalão, que são os agentes políticos integrantes do quadro de provimento em comissão, e pelo motivo que em inúmeras ocasiões as decisões executivas assumem uma lógica operacional própria, o que não cabe a esta assessoria avaliar ou focalizar.

Feita esta observação sobre competência, passa-se ao parecer propriamente dito.

1 - Da Constituição Federal de 1988

A exigência de licitação possui envergadura constitucional.

O Legislador Constituinte teve a precaução de atribuir a todos os Poderes da União - na gestão de bens, valores e negócios - o dever de licitar, como se verifica no inciso XXI, do Art. 37 da carta magna:

"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."



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

Essa previsão constitucional é o alicerce que exige a gestão responsável dos recursos públicos pelos ocupantes de cargos, empregos ou funções públicas.

Contudo, a exigência não parou por aí, pois houve um detalhamento desta previsão nas normas infraconstitucionais, cuja espinha dorsal é a lei 8.666/93.

2 – Da Lei 8.666/93

A Lei 8.666/93 é conhecida como a Lei das Licitações, pois é o instrumento normatizador que define todo o sistema licitatório e os contratos administrativos. Reúne desde os aspectos administrativos do certame até a fixação dos crimes pelo não cumprimento de suas regras.

O art. 1º da Lei de licitações determina, *in verbis*:

“Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

Esta previsão legal associada a previsão constitucional alhures deixam claro a obrigação da Administração Pública Municipal submeter-se ao regime da licitação, quando for firmar qualquer contrato administrativo.



Estado de Santa Catarina

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

O não cumprimento das formalidades legais para a realização de contratos administrativos caracterizam crimes, de variadas espécies, conforme veremos a seguir:

3 – Dos Crimes

Os Crimes definidos na Lei 8.666/93 preveem punições bastante severas se comparados com os crimes do Código Penal. Acredita-se que esse rigor visa desestimular a prática das condutas administrativas potencialmente lesivas a coisa pública, e objetiva oportunizar a participação aos interessados em contratar com o Poder Público, o que parece louvável.

Um bom exemplo do rigor é a previsão do art. 89:

“Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.”

Um crime com pena base de 3 anos não permite a aplicação do art. 76 da Lei 9.099/95 (pagamento de cestas básicas para o arquivamento do processo) e nem mesmo o art. 89 da Lei 9.099/95 (suspensão condicional do processo).

Assim, o Acusado precisa provar cabalmente a sua inocência para escapar de uma eventual condenação criminal, o que será possível se demonstrado que não descumpriu o previsto nos art. 24 e 25 da Lei 8.666/93, ao quais definem as hipóteses de dispensa e inexigibilidade da licitação, ou



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

demonstrando que realizou o processo de dispensa ou inexigibilidade que deve anteceder a contratação.

Neste sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“O crime tipificado no artigo 89 da Lei n. 8.666/93 só se configura se ocorrer o seu antecedente lógico, isto é, o ilícito administrativo... (AP nº 348-5/SC, Plenário, rel. Min. Eros Grau, DJ de 03/08/2007)

Portanto, não ocorrendo a irregularidade administrativa não há crime, motivo do presente parecer ser relativamente extenso, o que permite abordar os principais pontos de um certame licitatório.

Ainda, existem outros crimes de considerável relevância que mencionaremos por fidelidade ao parecer, mas que dispensam aprofundamento, nesta oportunidade:

“Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:



Estado de Santa Catarina

PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Esses são os crimes definidos pela Lei de Licitações, que, em síntese, punem condutas gravemente infringentes aos valores consagrados pelo direito público.



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

Daí que se torna possível avaliar o valor democrático da licitação. Pois, o Poder Público não está a serviço somente da parcela da sociedade que elegeu o seu representante, e sim está o Poder Público a serviço de todos! Sem qualquer distinção de cor, credo, filiação política etc...

Feita estas considerações, passa-se a análise pormenorizada dos autos, sob a ótica da Lei Ordinária Federal n. 10.520/2002 associada as normas já mencionadas.

4 – Da Análise do caso *in concreto*

Trata-se de licitação na Modalidade de Pregão Presencial, adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro através da Lei Ordinária Federal n. 10.520/2002, e com regulamentação subsidiária da Lei 8.666/93.

4.1 – Da fases

A doutrina vem dividindo o processo administrativo de licitação em:

4.1.1 - fase interna ou fase preparatória;

4.1.2 – fase externa ou executória.

O que parece adequado.

4.1.1 - fase interna ou fase preparatória

A fase interna ou preparatória é o momento em que a Administração deve instaurar o processo administrativo, seja para realizar a licitação ou



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

fundamentar a decisão que autorizará a aquisição direta do objeto, se caracterizada hipótese de dispensa, inexigibilidade ou vedação. (TORRE PREREIRA FILHO, José, *in* Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Editora Renovar: RJ/SP, 6ª edição, 2003, p.05)

Na fase interna houve:

A - a solicitação expressa do setor requisitante interessado, com a definição do objeto;

B – justificativa da necessidade da contratação no termo de referência;

C – cotações de preços em 3 agências;

D - o termo de referência (II, art. 8º, Decreto Federal n. 3.555/2000);

E - Indicação da fonte dos recursos no plano de contas do Município;

F - autorização para abertura do processo licitatório;

G – autuação;

H – decreto de designação do Pregoeiro e equipe de apoio;

I – edital;

I.1 - definição das exigências de habilitação;

I.2 – especificação dos critérios de aceitação das propostas;



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

I.3 – determinação das sanções por inadimplemento, e;

J – minuta do contrato;

K – a escolha adequada da modalidade (pregão presencial) e tipo (menor preço) de licitação, em razão do objeto.

4.1.2 – fase externa ou executória

Esta fase tem início com a divulgação do ato convocatório e vai até a contratação do fornecimento do bem, da execução da obra ou prestação dos serviços.

Na fase externa, por sua vez, ocorreu:

A – a divulgação do ato convocatório, através da sua publicação no Diário Oficial da União (dia 29 de dezembro de 2017), Diário Oficial do Estado (29 de dezembro de 2017), dos Municípios (dia 27 de dezembro de 2017), na Câmara de Vereadores (no dia 27 de dezembro de 2017), retificação de edital com publicação no DOU e DOE (09 de janeiro de 2018), DOM (05 de janeiro de 2018) e Câmara de Vereadores (04 de janeiro de 2018).

B – a retirada do edital por 02 empresas;

C – a participação de 02 empresas interessadas;

D – a apresentação das declarações de cumprimento dos requisitos de habilitação com a entrega dos envelopes;



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

E - a abertura das propostas com a verificação da conformidade das mesmas para com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

F - a fase de lances restou exitosa;

G - apuração do vencedor;

H - a abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante para a verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

I - foi dado prazo de recurso;

J - houve recurso;

K - Contrarrazões.

Este é o relatório do necessário.

5 - Do direito

O presente processo licitatório enseja discussões doutrinárias em relação a alguns pontos. Logo é preciso alguns ajustes, para que os procedimentos futuros não dêem margem para as mesmas discussões, vejamos:

5.1 - Correções/adaptações para a fase interna

Na fase interna foram cumpridas as exigências legais atinentes a modalidade desta licitação.



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

5.2 – Correções/adaptações para fase externa

No que tange as certidões negativas de débitos apresentadas pelo(s) participantes(s), adverte-se que o TCE cobra a conferência das mesmas pela comissão de licitações, para evitar-se eventualmente fraudes, medida que opina-se pela sua adoção em todas as licitações.

Ainda, opina-se que não se deve realizar compras até o limite da dispensa, R\$ 15.000,00 para obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 para outros serviços, compras e alienações, para depois licitar o restante, sob pena da comissão de licitações e o ordenador das despesas incorrer em fracionamento da licitação, bem como, nas penas do crime previsto no art. 89 da lei 8.666/93, já mencionado no início do parecer.

O Tribunal de Contas da União orienta a administração a efetuar planejamento adequado das compras e serviços, para não proceder a aquisições para objetos iguais em curto espaço de tempo, através da indevida utilização do instituto da dispensa da licitação. Nesse sentido, a Decisão n. 253/1998 (grifou-se):

“Quando da realização de suas despesas, proceda a um adequado planejamento de seus procedimentos licitatórios, em conformidade com a disponibilidade de créditos orçamentários e recursos financeiros, objetivando contratações mais abrangentes e abstendo-se de proceder a sucessivas contratações de serviço e aquisições de pequeno valor, de igual natureza, semelhança ou afinidade, realizadas por dispensa de licitação fundamentada no inciso II do art. 24 da Lei n. 8.666/93.” (grifou-se)

Na doutrina, há divergências quanto à periodicidade dos limites estipulados nos incisos I e II do art. 24 para a dispensa de licitação. Há uma forte



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

corrente de doutrinadores entendendo que o limite é anual. Neste sentido, o posicionamento de Carlos Pinto Coelho Motta:

“Tenho entendido que tais limites para a chamada “dispensabilidade” de licitação, tanto para compras e serviços como para obras e serviços de engenharia, valem para todo o exercício financeiro, permitindo-se, entretanto, o parcelamento do fornecimento ou da execução. Significa que o limite de valor, para objetos similares, só pode ser utilizado para fins de dispensa uma vez em cada exercício.

As razões desse entendimento são as seguintes: em primeiro lugar, os prazos do art. 39, parágrafo único, para licitação simultânea ou sucessiva, não mais se aplicam ao art. 24, I, como era definido pela redação originária da Lei n. 8.666/93. A Lei n. 8.883/94, alterando o referido parágrafo único do art. 39, excluiu expressamente a aplicabilidade do limite da dispensa em intervalos temporais definidos para licitação simultânea ou sucessiva (30 e 120 dias).

Em segundo lugar, não há nenhum outro dispositivo, seja na Lei n. 8.666/93, seja na Lei n. 4.320/64, que autorize a aplicação do limite de dispensa para objeto similar por vezes sucessivas no mesmo exercício financeiro. Se não há autorização expressa, conclua-se pela vedação legal.” (Retirado do texto **Dispensa e inexigibilidade de licitação: casos mais utilizados**, de Leila Tinoco da Cunha Lima Almeida, a disposição no site www.jus.uol.com.br)

Em face a esses entendimentos, o procedimento licitatório, pode sujeitar o administrador às seguintes sanções:

“Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.”

Especificamente:



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

“Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.” (lei 8.666/93).

Por fim, a empresa L. F. Caminhões Ltda interpôs recurso contra a proposta da empresa Bigger Caminhões Ltda.

Alega, em suma, que a proposta da Bigger não atende as exigências do edital, especificamente não atende a exigência de apresentar o ano e modelo de fabricação do veículo.

Compulsando-se os autos é possível verificar que o Edital de Retificação n. 02/2017 referente ao Processo Licitatório 122/2017 previu:

**“1 – DAS ESPECIFICAÇÕES DO BEM CONSTANTE DO ANEXO ‘D’;
- DEVERÃO SER CONSIDERADAS AS SEGUINTE CARACTERÍSTICAS: ANO
MODELO MÍNIMO 2017/2018”.**

O anexo “D” refere-se ao objeto da licitação.

Então, como o próprio texto diz – DEVERÃO SER **CONSIDERADAS** AS SEGUINTE CARACTERÍSTICAS: ANO MODELO MÍNIMO 2017/2018 – e NÃO diz **DEVERÁ CONSTAR NA PROPOSTA** ano modelo mínimo 2017/2018.

Isto é, os proponentes estão vinculados ao edital, sendo que o preço para um caminhão no **MÍNIMO** 2017/2018.

No caso do vencedor, o mesmo apresentou sua proposta no modelo exato do Anexo “H”, que não exigiu a especificação expressa do ano modelo.



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

Sobretudo, o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório é regra que prevalece no caso em questão.

Este princípio emerge do art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93:

“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada”.

Isto significa que o edital torna-se lei entre as partes, assemelhando-se a um contrato de adesão cujas cláusulas são elaboradas unilateralmente pelo Estado.

Em sendo lei, o Edital com os seus termos atrelam tanto à Administração, que estará estritamente subordinada a seus próprios atos, quanto às concorrentes – sabedoras do inteiro teor do certame.

Nesse sentido já se pronunciou Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União: “o instrumento convocatório é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416) (<https://jus.com.br/artigos/22849/licitacao-principio-da-vinculacao-ao-instrumento-convocatorio-no-stf-stj-e-tcu>)

Portanto, **data venia**, o vencedor tem direito a adjudicação do objeto a seu favor, devendo fornecer o bem de acordo com o edital.

Portanto, a adoção pela Administração, especialmente pela Comissão de Licitações, das observações tecidas nesta avaliação, é uma certeza de



Estado de Santa Catarina
PREFEITURA MUNICIPAL DE CORONEL FREITAS

segurança, pois na dúvida, os pontos controversos foram interpretados em favor do Ente Público, posicionamento que exime a Administração de qualquer responsabilidade civil e/ou criminal.

Apontados os principais acontecimentos da presente licitação e realizadas algumas recomendações a todos os procedimentos, agora compete exclusivamente a Comissão de Licitações diligenciar conforme recomendado, e ao Prefeito Municipal adjudicar e homologar o objeto do certame ao vencedor, se assim entender.

Salvo melhor juízo, este é o parecer.


Avelino Bortolon Júnior
Assessor Jurídico

Coronel Freitas, 08 de fevereiro de 2018

Bernardo Ibagy Pacheco
Assessor Jurídico