

PARECER JURÍDICO

Processo nº 300943/2021

Origem: JM Terraplanagem e Construções EIRELI

Objeto: Manifestação - Edital pregão presencial 004/2021

Ilustríssima Consultora Jurídica:

I - RELATÓRIO

Vieram estes autos para a apreciação deste Departamento a fim de que seja feita análise jurídica da Manifestação apresentada pela empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI.

Às fls. 82/84 há informações prestadas pelo Pregoeiro.

Entendo que o processo está devidamente instruído para a elaboração de parecer jurídico.

II – PRELIMINAR: DO CARÁTER CONSULTIVO E NÃO VINCULATIVO DO PARECER JURÍDICO

Antes de adentrar no mérito do presente parecer, é de ser verificado que a condução da análise técnico-jurídica é vinculada à atividade prevista legalmente da advocacia, conforme disposto na Constituição Federal, art. 133, e na Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), artigos 1º e 2º, *in verbis*:

“Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

“Art. 1º: São atividades privativas da advocacia:

(...)

II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

(...)"

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei."

Dessarte, para a confecção do presente instrumento, é de ser observada a isenção do profissional e o seu caráter consultivo e opinativo, corroborado esse entendimento pela liberdade administrativa do responsável, gestor, já que esse poderá, ou não, seguir a opinião técnica segundo sua conveniência e finalidade.

Hely Lopes Meirelles leciona:

"[...] Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. (MEIRELLES, Hely Lopes; Direito Administrativo; São Paulo, 2010; p. 197).

Desse modo, no presente processo administrativo, na qualidade de advogado público, atuo como mero assessor, consultor para matéria exclusivamente jurídica, e não como executor, operador, administrador ou gestor de políticas públicas.

Ainda, ao elaborar o presente parecer, atuo de forma imparcial e livre, pautando-me sempre na observância da legislação pertinente e dos princípios regentes da Administração Pública, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, eficiência etc.

Dado seu caráter meramente consultivo, o presente parecer é facultativo, não obrigando a Diretoria da CODEG nem os administrados aos seus motivos e conclusões. Atente-se que até mesmo a autoridade que o solicitou não resta submissa aos motivos e às conclusões a que chegou seu prolator.

Ratificando o que aqui se expõe, cito o R. Acórdão proferido pelo E. Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança nº 24.073-3-DF, relator Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 6/11/2002.

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF, art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1.994, art. 2º, §3º, art. 7º, 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 de 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 Antonio 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 de omissão praticado com culpa, sem sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III – Mandado de Segurança deferido."

Desse modo, o presente parecer é uma peça opinativa, consultiva, de assessoria, que poderá ser utilizada para fundamentar decisões, exclusivamente quanto ao aspecto jurídico do presente processo, não sendo competência do presente advogado a análise do mérito administrativo (juízo de conveniência e de oportunidade), que cabe à Diretoria da CODEG, com base em seu poder discricionário, nos termos dos artigos 18 e 26, do Estatuto da Companhia, e do art. 48, da Lei nº 9.784/99.

Por fim, salienta-se que esta peça não tem cara vinculativo, cabendo à Diretoria da CODEG definir, de forma fundamentada, as decisões e medidas que serão adotadas, vez que é a Diretoria a responsável pela decisão, gestão, operação e administração das políticas públicas.

III – ANÁLISE:

Em sua Manifestação, alega a empresa supracitada:

A) A ilegalidade da decisão que habilitou as empresas vencedoras do pregão presencial nº 004/2021, vez que as mesmas não apresentaram em suas propostas a indicação de marca e de modelo.

B) Que o Pregoeiro restringiu o caráter competitivo do certame e estabeleceu preferências e distinções.

C) Que o Pregoeiro violou os princípios regentes da Administração Pública, como o da isonomia.

D) A nulidade do certame, na medida em que foi o próprio Pregoeiro quem julgou o Recurso outrora interposto pela empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI, não tendo o Recurso sido remetido à instância superior para julgamento.

O Pregoeiro apresentou informações às fls. 82/84, evidenciando, em suma, a intempestividade e a falta de previsão legal da Manifestação da empresa retromencionada.

Ainda, que a matéria apresentada na Manifestação já foi julgada e a decisão acolhida pela Diretora Presidente; que a indicação de marca e modelo é irrelevante; que a Manifestação é meramente protelatória, vez que a empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI possui contrato em vigor com o mesmo objeto da licitação recentemente renovado; que o tratamento favorecido tem sido direcionado à citada empresa, e não aos demais licitantes.

Entendo que a Manifestação da empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI sequer deveria ter sido conhecida, na medida em que a

mesma não possui previsão legal (Leis nºs 10.520/02 e 8.666/93). Assim, não é possível sequer entender pela sua intempestividade, na medida em que, frise-se, a mesma não possui previsão legal.

A despeito disso, a Manifestação foi protocolizada no dia 25/06/2021, às 9:49h, tendo sido encaminhada para o Jurídico da CODEG 10 (dez) dias depois, no dia 05/07/2021, em vez de ter sido rechaçada de ofício pela Diretoria da CODEG.

Analisando as alegações contidas na Manifestação, entendo que as mesmas não prosperam. Quanto ao primeiro argumento, não vislumbro qualquer ilegalidade na decisão do pregoeiro que habilitou as empresas vencedoras.

Isso porque a indicação de marca e modelo evidencia-se totalmente irrelevante para a execução do serviço licitado. Pouco importa se o caminhão ou o equipamento é da marca A, B ou C, desde que atenda às especificações de serviço contidas no edital.

Ademais, é entendimento mais do que pacificado pelas Cortes Nacionais que a indicação de marca e modelo, regra geral, é medida que restringe a competitividade do certame, o que dificulta a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Tal posicionamento, inclusive, está sumulado:

“Súmula TCU nº 270: “Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificção”.

A Lei nº 8.666/1993 é expressa:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório."

"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;

(...)"

Inabilitar as empresas vencedoras do certame, as quais apresentaram as propostas mais vantajosas para a CODEG, representará, na verdade, lesão ao erário público, em razão de mero formalismo.

Quanto às alegações da Empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI de que o Pregoeiro restringiu o caráter competitivo do certame e estabeleceu preferências e distinções, bem como feriu princípios da Administração Pública, entendo que a mesma também não prospera.

Pelo contrário, o Pregoeiro agiu com prudência e inteligência ao afastar formalismo excessivo contido no edital, com o intuito de obter a proposta mais vantajosa para a CODEG.

O Pregoeiro não restringiu o caráter competitivo da licitação. Na verdade, ampliou a competição, permitindo a participação do maior número possível de licitantes, o que fez com que a Companhia, por intermédio do processo licitatório, recebesse numerosas propostas.

Em relação à última alegação da empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI de nulidade do certame, na medida em que teria sido o próprio Pregoeiro quem julgou o recurso outrora interposto pela empresa, não tendo o recurso sido remetido à instância superior para julgamento, a mesma também não prospera.

O Recurso interposto pela citada empresa gerou o processo administrativo nº 300861/2021, do qual se extrai que o mesmo foi analisado e julgado pelo Pregoeiro (fls. 31/39) e, posteriormente, foi sim encaminhado para análise e julgamento da Autoridade Superior, a Diretora Presidente da Companhia.

Essa, expressamente, manifestou sua concordância com a decisão do Pregoeiro, acolhendo-a, isto é, a autoridade superior também entendeu pela improcedência do Recurso interposto pela empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI (fl. 40).

Salienta-se que foi dada a devida publicidade à decisão do Pregoeiro, bem como à decisão da Autoridade Superior, vez que as mesmas foram disponibilizadas no site da CODEG (codeg.guarapari.es.gov.br).

Desse modo, a empresa em comento não pode alegar, sequer, desconhecimento da existência de decisão da Autoridade Superior, na medida em que é ônus da empresa licitante acompanhar a tramitação do certame no site da Companhia.

Outras questões merecem atenção.

Pela análise do processo administrativo nº 300455/2021, observa-se que já há parecer do Jurídico da CODEG (fls. 652 e 653/657) evidenciando o entendimento pela regularidade do certame pregão nº 004/2021, estando o processo, desde o dia 24/06/2021, aguardando manifestação da Autoridade Superior acerca da homologação, ou não, da licitação.

Pela análise do processo administrativo nº 300861/2021, por sua vez, nota-se que as alegações apresentadas pela Empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI, em seu Recurso, são basicamente as mesmas contidas na Manifestação sob análise (processo administrativo nº 300943/2021).

Tais argumentos já foram apreciados e julgados pelo Pregoeiro e pela Autoridade Superior, de molde que ocorreu a preclusão consumativa em relação à Manifestação que agora se analisa.

Resta claro que a Manifestação da Empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI tem caráter meramente protelatório, objetivando atrapalhar e atrasar a conclusão do certame pregão nº 004/2021.

Isso porque, como já exposto, a empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI e o seu representante legal, Sr. Thiago Simões Nossa, possuem contratos em vigor (nºs 005/2017 e 009/2017, respectivamente), recentemente prorrogados no dia 11/06/2021, que possuem o mesmo objeto da licitação pregão nº 004/2021.

Na cláusula segunda, do quarto termo aditivo de prorrogação, dos contratos nºs 005/2017 e 009/2017, em anexo, está disciplinado que o prazo de vigência das prorrogações encerrará quando da conclusão do certame licitatório. Portanto, é extremamente fácil entender o caráter protelatório da Manifestação sob análise.

Nesse sentido, o art. 7º, da Lei nº 10.520/2002, é claro ao disciplinar que, aquele que ensejar o retardamento da execução do objeto do certame ou que se comportar de modo inidôneo, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração Pública, pelo prazo de até 05 (cinco) anos, sem prejuízo da aplicação de multa.

"Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais."

Dessarte, caso a licitante JM Terraplanagem e Construções EIRELI permaneça adotando medidas meramente protelatórias, com o intuito de atrapalhar e atrasar a conclusão do pregão nº 004/2021, entendo que deva ser aplicada a sanção prevista no art. 7º acima transcrito.

IV – CONCLUSÃO:

Ex positis, considerando análise exclusivamente jurídica, entendo pelo não conhecimento da Manifestação apresentada pela empresa JM Terraplanagem e Construções EIRELI.

Na hipótese da petição ser conhecida pela Autoridade Superior, entendo pelo não acolhimento de seu mérito, devendo os pedidos serem julgados totalmente improcedentes.

Ainda, caso a licitante JM Terraplanagem e Construções EIRELI permaneça adotando medidas meramente protelatórias, com o intuito de atrapalhar e atrasar a conclusão do pregão nº 004/2021, entendo que deva ser aplicada a sanção prevista no art. 7º acima transcrito.

Submete-se o presente parecer jurídico à apreciação da Diretoria dessa Companhia, cabendo a essa análise do mérito administrativo, bem como a decisão sobre as medidas que venham a ser tomadas, com base em seu poder discricionário, nos termos artigos 18 e 26, do Estatuto da Companhia, e do art. 48, da Lei nº 9.784/99, já que é a responsável pela decisão, gestão, operação e administração das políticas públicas.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Guarapari/ES, 08 de julho de 2021.

Artur Abade de Araujo

Advogado

Artur Abade de Araujo
OAB/ES 20.006
Advogado - CODEG