

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO DA 6ª RELATORIA, DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS, SENHOR ALBERTO SEVILHA.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO - TO CB66626EDFB9920
Protocolo: 10382/2016 Data: 11/08/2016 14:12:40
Origem: MARIA LENICE FREIRE DE ABREU COSTA
UF: CNPJ: ../-

PROCESSO N.º 1471/2014, apenso 6036/2013, 6358/2013, 7219/2014, 7458/2014
PRESTAÇÃO DE CONTAS/ PRESTAÇÃO DE CONTAS DE ORDENADOR DE
DESPESA 2013
ÓRGÃO: SECRETARIA DE SAÚDE
DESPACHO N.º 707/2016

MARIA LENICE FREIRE DE ABREU COSTA, funcionária pública estadual, assistente administrativa, sob a matrícula n.º 5237721, já devidamente qualificado nos autos, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência, apresentar tempestivamente, DEFESA referente aos autos de n. 01471/2014 apenso 6036/2013, 6358/2013, 7219/2014, 7458/2014 e sobre o Relatório de Auditoria de regularidade n.º 01/2016 de o Relatório de Análise de Prestação de Contas n.º 56/2016, que versa acerca da Prestação de Contas do ano de 2013, apresentado pelo ordenador de despesa da Secretaria da Saúde/TO, ou seja pelo Secretário de Estado da Saúde. Foi procedida a Análise das contas apresentadas, onde o Nobre Técnico da Sexta Diretoria de Controle Externo Dessa Egrégia Corte de Contas, apontou, os itens infra elencados;

1 - DOS FATOS.

Versam os autos acerca da análise de Prestação de Contas de Ordenador de Despesas da Secretaria de Saúde do Estado do Tocantins, relativa ao exercício de 2013, sob a responsabilidade do gestor da pasta a época.

Em cumprimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5o, LIV e LV, da Constituição Federal, e com fundamento no inciso I do artigo 27 e artigo 80 da Lei Orgânica n° 1.284/2001 c/c artigos. 202 e 205 do Regimento Interno desse Tribunal, à Coordenadoria de Diligências - CODIL promoveu a citação deste signatário para observância do Despacho 7072016-Gabinete da Sexta Relatoria, com fito de resposta aos apontamentos direcionados a esta peticionante, constantes no Relatório de Auditoria n° 01/2016 e o relatório de Análise da prestação de Contas na qual o Ilustre Auditor designado aponta as seguintes constatações:

Primeiro apontamento da Auditoria de Controle Externo:

Relatório de Auditoria n° 01/2016.

2 - DO MÉRITO

2.1 DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE.

Inicialmente, é de suma importância salientar que no relatório supracitado, não há apontamento de dolo ou culpa que venha a incidir sobre a assessoria Jurídica.

Os fatos que foram pela Auditoria considerados como irregulares constam nos seguintes itens:

Item 3.6.1 relata sobre a Ausência de justificativas técnicas e econômicas para a utilização do regime contratação integrada no RDC, bem como os pressupostos condicionantes para a utilização do critério de julgamento técnica e preço, onde imputa-se responsabilidade pela:

- 1- Ausência de justificativas para a utilização do regime contratação integrada;
- 2- Ausência de pressupostos para a utilização do critério de julgamento técnica e preço, adotados no RDC Presencial SESAU nQ 004/2013, que resultou no Contrato nº 39/2014, com a empresa Moeda Engenharia LTDA, para execução da Reforma e Ampliação do Hospital Regional de Paraíso do Tocantins.
- 3- Ausente a justificativa para a escolha do regime de contratação integrada no RDC por não reconhecer justificada satisfatoriamente a utilização de tal regime de contratação;
- 4- O não reconhecimento da presença de pressupostos condicionantes para a utilização do critério de julgamento técnica e preço, apontando suposta desconformidade com a legislação aplicada.

No Item 3.6.1., inicialmente, cabe lembrar que a justificativa de escolha do regime de contratação integrada fora elaborada em 19/09/2013, quando a redação do Art. 9º da Lei Federal nº 12.462/2011 **não contemplava os incisos I, II e III, incluídos pela Medida Provisória nº 630, levada a efeitos em 24/12/2013**, razão pela qual, não se exigia minuciosa justificativa de técnica e valor para a adoção de tal regime. Quanto ao critério melhor técnica e preço, escolhido para julgamento das propostas, conforme consta no quadro de informações gerais do edital, datado de 17/10/2013, **o mesmo fora escolhido por força do inciso III do § 22 do Art. 9º da Lei nº 12.462/2011, vigente, à época, e que fora revogado em 24/12/2013, pela Medida Provisória nº 630**. Entretanto, não se pode tomar por irregulares os atos já realizados no processo, pelo advento de inovação legal.

Contudo, há de se considerar que, logo no segundo parágrafo da justificativa técnica e econômica acostada aos autos, considera-se, para a adoção do regime de contratação integrada, a inovação tecnológica é imprescindível a execução dos serviços, vez que, o objeto da contratação incluía a elaboração de projetos, planilha orçamentária e cronograma físico financeiro, bem como, a respectiva execução de serviços de alta complexidade, conforme o tópico 5.2 referente a Propostas Técnicas, do Memorial Descritivo.

Assim sendo, tanto é válida e suficiente a justificativa juntada aos autos do processo, nos termos do Art. 9º da Lei nº 12.462/2011, quanto é visível a presença de pressuposto

condicionante para a adoção do critério de julgamento melhor: técnica e preço, obedecendo ao § 1º do Art. 20, da mesma lei. Vejamos o que diz a lei:

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

I - Inovação tecnológica ou técnica;

II - Possibilidade de execução com diferentes metodologias;

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

§1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada: I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico;

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. (Redação dada pela Medida Provisória na 630, de 2013 e pela Redação dada pela Lei nº 12.980, de 2014)

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço. (Revogado pela Medida Provisória na 630, de 2013) III- (Revogado). (Redação dada pela Lei n-12.980, de 2014)

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - Para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - Por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da

administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

A Lei do RDC - Regime Diferenciado de Contratação contemplou as obras do SUS - Sistema Único de Saúde, logo no seu art. 1º. Vejamos:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Pifa 2013 e da Copa do Mundo Pifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Pifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Incluído pela Lei nº 12.688, de 2012)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. (Incluído pela Lei nº 12.745, de 2012)

VI - das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo. (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013 e Incluído pela Lei nº 12.980, de 2014 e Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VII - ações no âmbito da Segurança Pública. (Incluído pela Medida Provisória nº 678, de 2015); (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

VIII - das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; e (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

IX - dos contratos a que se refere o art. 47-A. (Incluído pela Lei nº 13.190, de 2015)

X - das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação. (Incluído pela Lei nº 13.243, de 2016).

Vale salientar que a peticionante emitiu parecer consultivo, fundamentado nas lei acima citada e na documentação apresentada no processo de RDC, entretanto o parecer poderia ter sido a qualquer momento apreciado pela Procuradoria Geral do Estado para obter nova opinião, entretanto por liberalidade, discricionariedade a gestão da pasta emitiu o Despacho n.º 971/2013 onde homologou o parecer aqui discutido e dispensou a ida a PGE. A peticionante não interferiu e nem tinha poder para decidir ou exigir que o parecer não fosse submetido a análise da PGE.

O parecer jurídico é meramente consultivo, não tem caráter vinculante. Sendo assim, a peticionante não pode ser responsabilizada, sem que haja prova concreta do nexo de causalidade e da intenção de causar dano que seja por Dolo ou Culpa.

O Advogado, aqui no caso assessor jurídico não pode ser responsabilizado por opiniões jurídicas emitidas em parecer. Vejam o entendimento, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que reverteu decisão de primeira instância e absolveu um advogado que havia sido condenado por ter aprovado uma licitação que, posteriormente, se revelou irregular.

“Não existe nos autos um lastro probatório mínimo para subsidiar a condenação, mas tão somente a afirmação de ter havido a conduta criminosa. Não restou demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta de emitir um parecer de conteúdo jurídico na condição de assessor jurídico e a realização de fato típico. Tais imputações, no caso concreto, portanto, foram feitas de maneira genérica, sem apontar os elementos que indicassem conduta criminosa por parte do advogado apelante”, afirmou a entidade ao requerer o ingresso como assistente no processo.

De acordo com a OAB, a *“liberdade de manifestação dos advogados não pode ser criminalizada, sob pena de colocar em risco o Estado Democrático de Direito. Caso contrário, os cidadãos passam a ter suas garantias ameaçadas, uma vez que não podem ser amplamente defendidos, apontou a entidade”*.

Sobre outro enfoque, o tolhimento da liberdade intelectual do advogado é flagrantemente inconstitucional, pois conspurca uma justa e merecida garantia dada à advocacia, reconhecida pelo constituinte como função essencial à Justiça, que se consagrou como um instrumento de resguardo e defesa de direitos e garantias fundamentais. O artigo 133 da Constituição Federal estabelece que o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Já o § 3º, do artigo 2º da Lei nº 8.906/94, conhecida como Estatuto da OAB, estipula que, no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações. É certo que nos termos do inciso II do artigo 1º, também da Lei nº 8.906/94, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica são privativas da advocacia.

O Item 3.6.3. aduz sobre a "Restrição à competitividade da licitação decorrente de critérios inadequados de habilitação e julgamento".

Neste sentido, ao observar as razões tecidas pela auditoria consoante ao item 3.6.3, é possível perceber que se trata de questionamento quanto ao possível direcionamento da licitação, eis que houveram 11 (onze) itens questionados na auditoria. Todavia, entende-se que trata de obra para unidade hospitalar de média complexidade que se encontra em pleno funcionamento, ou seja, atendendo com dignidade os usuários do SUS.

Em razão da situação do hospital Regional de Paraíso, pelo físico e social, foi necessário se certificar de que além das empresas, seu corpo técnico também estava preparado para atuar em obra de tamanha complexidade. Ademais, por se tratar de unidade hospitalar em funcionamento, não se pode deslembrar de que não é possível realizar reformas ou reparos após a conclusão em definitivo da obra, eis que qualquer reforma em unidades hospitalar causa estorvo para seus usuários. Daí a importância de se certificar de que a obra será impregnada da qualidade necessária.

Firmado em tais situações, ficou comprovado documentalmente e esclarecida a impossibilidade de adoção das mesmas regras usadas pela Seinfra no hospital de Augustinópolis, vez que este foi totalmente desativado para reforma e possui capacidade bastante inferior ao de Paraíso, não servindo, portanto, de parâmetro comparativo.

É fato que a própria Lei estabelece que as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, serão definidas no instrumento convocatório (art. 30, § 2o), sendo exatamente o que foi feito pela Administração, não havendo, assim ilegalidade praticada. No mais, todos os itens exigidos no edital, além de ter o devido amparo legal, são usuais no mercado de modo que uma vastidão de empresas dispõe de tais experiências. O processo de licitação correu normalmente, não sofrendo nenhuma impugnação, automaticamente não se pode falar em cláusulas restritivas.

Está comprovado que o instrumento convocatório não recebeu nenhuma petição impugnatória.

Ainda que assim não fosse o edital permitiu participação mediante consórcio, e subcontratação. Veja bem que a presença de tais institutos no procedimento, por si só já derruba qualquer ilação de restrição à competitividade, vez que com estes mecanismos legais, é possível que as empresas se organizem legalmente na forma admitida no instrumento convocatório, objetivando a participação, portanto, mais uma vez fica minguada a ideia de cláusulas restritivas.

Quanto a alegação de restrição a competitividade, como exemplo, a auditoria traz à baila a licitação para reforma do hospital de Augustinópolis realizada pela Seinfra/TO, que a seu ver, contou com edital bastante participativo no que diz respeito à qualificação técnica dos licitantes. Com isto, a auditoria visa demonstrar a desnecessidade de o instrumento convocatório ser restritivo no que tange a qualificação técnica das empresas e de seu quadro técnico de pessoal. Ocorre que não deve ser deixado de observar, que apesar de o edital exemplificativo que trata da reforma do hospital de Augustinópolis, malgrado esteja verdadeiramente participativo, tal medida não surtiu efeito no tocante a participação,

porquanto não houve ampla participação, o que vem a confirmar não ser condizente se afastar da qualidade técnica da obra, com foco na ampliação da disputa, pois tal medida não é garantidora de competitividade. Portanto, é saudável focar sobremaneira na qualidade, e de outro modo adotar no edital mecanismos que permitam a ampliação do quadro de interessados, como é o caso do consócio e da subcontratação. Por tais razões fica afastada a afirmação de que as exigências técnicas do edital restaram por tornar o procedimento restritivo a participação, sendo que na verdade ele seguiu exatamente aos comandos legais, razão pela qual pugna-se por sua legalidade, o que de fato é.

Quanto ao item 3.6.2, a decisão do tipo de modalidade licitatória não depende da assessoria jurídica que não teve participação direta na montagem e decisão do procedimento licitatório, trabalho que era todo feito com a administração da SESAU e a o setor de licitação, o setor jurídico entrava apenas quando o processo já estava em trâmite, houve o encaminhamento para parecer do processo licitatório pronto já com a minuta do edital e com o regime que administração buscou, não cabia a assessoria jurídica interferir na forma do regime, e sim saber se havia os requisitos legais, para contratação através de RDC.

A peticionante atuou como Assessora Jurídica da SESAU, pelo tempo já especificado no processo, tinha função de assinar os pareceres jurídicos emitidos pela equipe da Diretoria Jurídica da SESAU, acompanhar os processos de demanda judicial. Porém, não houve em qualquer momento no parecer uma conclusão que obrigasse ou determinasse o convencimento da gestão da pasta, sabendo que os parecer da assessoria é consultivo, podendo ser o mesmo encaminhado a Procuradoria Geral do Estado. Portanto, a assessoria jurídica coube apenas à análise jurídica do processo, sendo atípica qualquer vinculação a este por atos Administrativos de oportunidade e conveniência posteriores, que não colidam com o mérito do parecer jurídico. Em nenhum parecer existe incitação, insinuação ou indicação para realização de ato irregular que atenta contra os princípios da moral e da probidade administrativa. Fazendo analogia ao código penal em seu artigo 23 observamos:

Exclusão de ilicitude

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, (grifo deste)

Nesse diapasão, esclareceremos nestas alegações que a Peticionante apenas cumpriu a função institucional, não dando causa em seu Parecer a qualquer ato irregular ou negligente.

Fazendo analogia com código penal em seu artigo 13, verificamos:

"Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido § 2º - A omissão é penalmente

relevante quando o omissivo devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;

*c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado",
(grifo nosso)*

Para a Doutrina Majoritária, o fato típico tem como requisito; a conduta, o resultado, nexos causal e tipicidade legal. Observamos, que a **conduta** nada mais é que o próprio parecer jurídico realizado, constata-se que, a mesma apreciou os atos até o momento presente à sua vista pela aprovação ou não do prosseguimento do edital. Fato nenhum neste caso imputa a culpabilidade ou dolo da Peticionante, a Lei 12. 462/2011 que "Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.". Aduz que :

Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.

O art. 13 Do Decreto 7.581/2011, aduz que, "*As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica.*" e não obrigatoriamente, a Lei federal citada acima comprova a admissão da licitação na forma presencial. Então é fato que As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, porém é admitida a presencial.

Verificando com maior atenção, adstrito à razoabilidade, e proporcionalidade, percebe-se ser indubitável que a petionante não deu causa ao resultado, apontado como irregular, e mesmo em última hipótese viesse a contribuir indiretamente pelo resultado, este seria isento de culpabilidade e tipicidade pois a imputação de culpa seria municiada de ausência dos requisitos de dolo ou culpa, conseqüentemente ausência de culpabilidade. Destarte, inexistente a possibilidade da potencial consciência da ilicitude a que se refere à Auditoria. Não se pode exigir deste a conduta impossível de previsão, por conseqüência, não se pode falar de culpa omissiva ou comissiva, haja vista que a petionante cumpriu os requisitos da lei para prosseguimento do Edital com embasamento legal através de parecer consultivo, como abaixo posteriormente melhor evidenciado, onde verificaremos que caso houvesse o nexos causal, não teríamos a culpabilidade pela inexistência da potencial consciência da ilicitude, seja no momento da confecção do parecer, ou nos seus aspectos de atos futuros que viesse executar os gestores.

A responsabilidade da petionante teria que decorrer da prática ou da omissão, seja dolosa ou culposa, de atos ou fatos que vier a ser atribuídos e que gerariam um dano. Esclarecemos que não houve comportamento culposos seja omissivo ou comissivo. E sem tal comportamento e culpa pela ocorrência do dano, não se pode falar em responsabilidade. Não se trata diante os fatos concretos de responsabilidade objetiva desta petionante.

Não se busca eximir ou criar dúvidas de que as prerrogativas e competências concedidas pela Constituição ao Advogado Público geram grandes poderes, e trazem grandes responsabilidades aos seus Procuradores. A atividade consultiva da Advocacia de Estado tem o condão de atuar preventivamente nas ações da Administração Pública e, ainda,

caracteriza-se por representar um importante instrumento para a efetivação e o aperfeiçoamento de políticas públicas, diante do caráter de assessoramento intrínseco a essa atividade.

3 O Direito Penal do autor, configura-se no pensamento de Lombroso quando a reprovabilidade social, bem como a aplicação das sanções penais são baseadas não na ocorrência de um fato ilícito, mas sim no modo de ser do agente. A sanção deve ser aplicada, portanto, fundamentada na personalidade do agente, na atitude interna jurídica corrompida do agente. A conduta realizada seria apenas uma das características inerente aquele ser que nasceu para delinquir.

4 A moderna doutrina tem colocado em evidência que como corolário lógico do princípio de culpabilidade emerge o direito penal do ato ou fato, o qual proclama que ninguém é culpado de forma geral, mas somente em relação a um determinado fato ilícito. O Direito penal de ato concebe o delito como um conflito que produz uma lesão jurídica, provocado por um ato humano como decisão autônoma de um ente responsável ao qual se lhe pode reprovar e, portanto, retribuir-lhe o mal na medida da culpabilidade, da autonomia de vontade com que atuou.


O Supremo Tribunal Federal, sustenta que os pareceristas não podem ser judicialmente responsabilizados em solidariedade com a autoridade administrativa, tendo em vista que esses, nas palavras do Ministro Carlos Velloso no MS 24.073/ DF, os pareceristas não são administradores públicos, não ordenam despesas públicas.

Ademais, afirma o Ilustre Ministro ser incabível o controle externo do TCU pela emissão de pareceres, visto ser esta uma atividade técnico-jurídica:

“o parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo. Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, que constitui na execução ex officio da lei.”

Hely Lopes Meirelles para definir a natureza jurídica de parecer:

“Pareceres – pareceres administrativo são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos a sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares a 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, ordinária, negocial ou punitiva” (Meirelles, 2001, p. 185).



Em relação ao tema ora analisado, o Ministro Carlos Velloso conclui que o

“...autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto”.

Opinar não é o mesmo que decidir. O parecer possui caráter opinativo, é uma opinião técnico-jurídica, não podendo ser considerado um ato administrativo decisório. Desta forma, o parecer não vincula a autoridade que possui poder decisório. Ele é, apenas, uma orientação para o administrador no processo decisório.

O assessor jurídico também poderá ser responsável juridicamente com o administrador público caso tenha havido conluio e/ou evidente má-fé. Neste caso, considerar-se-ia a responsabilidade solidária do parecerista e da autoridade administrativa. Assim, o assessor jurídico que analisa e opina sobre a minuta de edital de licitação só poderá ser responsabilizado por tal parecer, caso se comprove os indícios de condutas suspeitas na elaboração do parecer e deste resulte ilegalidades decorrentes de tal pronunciamento.

Caso não seja comprovado o conluio entre o assessor jurídico e o administrador ou a evidente má-fé do parecerista, não poderá haver responsabilidade solidária pelo mau resultado do processo licitatório.

O assessor jurídico que, mediante interpretação da lei realiza parecer, não deverá ser responsabilizado judicialmente se os danos causados aos clientes ou a terceiros não resultem de erro grave, inescusável ou de ato ou omissão decorrentes de culpa ou dolo.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“(...) as leis, muitas vezes, admitem interpretações diversas; não se pode concluir, em grande parte dos casos, que um ato acarrete responsabilidade só porque a interpretação adotada pelo Tribunal de Contas é diferente daquela adotada pelo advogado que proferiu o parecer. Se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina e jurisprudência, não há como responsabilizar o advogado (...). Em assunto tão delicado e tão complexo como a licitação e o contrato (principalmente diante de uma lei nova, não tão bem elaborada e sistematizada como seria desejável), a responsabilidade só pode ocorrer em casos de má-fé, dolo, culpa grave, erro grosseiro, por parte do advogado.” (DI PIETRO, 2001, p. 163).

A responsabilidade do assessor jurídico por parecer emitido à Administração Pública é subjetiva e, assim, deve ser comprovada para que este possa ser responsabilizado judicialmente.

O Tribunal de Contas da União, defendeu a tese, **in casu**, de que os pareceres jurídicos "constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões dos ordenadores de despesas". A responsabilização advinha da idéia de que deveria haver um

maior rigor na elaboração dos pareceres, pautando-se, sempre, na doutrina e jurisprudência pertinentes ao caso concreto.

O STF discordou do posicionamento anterior do Tribunal de Contas da União e, em decisão unânime, entendeu que pareceres não são atos administrativos, mas opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica. Para o Supremo, não haveria no caso responsabilização solidária do advogado com o administrador, salvo se fosse constatada evidente má-fé, manipulando administrador inapto.

Para Di Pietro (1998, p. 150): "Em assunto tão delicado e tão complexo como a licitação (principalmente diante de uma lei nova e não tão bem elaborada e sistematizada como seria desejável), a responsabilidade só pode ocorrer em casos de má-fé, dolo, culpa grave, erro grosseiro por parte do advogado".

Para melhor compreensão do raciocínio, trazemos ao bojo que não seria razoável imputar responsabilidade ao agente, a título de culpa, se ele agiu com os cuidados esperados para a situação. Nesse sentido, trecho do voto do relator, ministro José Antônio Barreto de Macedo, na Decisão n. 289/1996, do Plenário do TCU:

"[...] quando o administrador age sob o entendimento de parecer jurídico não se lhe deve imputar responsabilidade pelas irregularidades que tenha cometido. Ocorre que o apelo a tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso, isto é, deve-se verificar se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência'. Presentes tais condições, 'não há como responsabilizar o advogado...."

Conforme se vislumbra nos ensinamentos de Ronny Charles Lopes de Torres (2011), que defende a posição de que o parecerista simplesmente faz uma aferição técnico jurídica restritiva, já que não é o responsável pelas contas, não pratica atos de gestão, não é o ordenador de despesas. Incumbe a ele, apenas, a análise legal das minutas previstas no ordenamento jurídico, não abrangendo escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos fundamentadores da discricionariedade do administrador na função que lhe é própria.

Ainda, segundo o autor Ronny Charles Lopes de Torres, responsabilizar os assessores jurídicos por suas manifestações jurídicas seria atentar ao que vem preceituado nos limites de competência e de responsabilização dispostos na Constituição Federal, já que estes devem responder se praticarem ilícitos administrativos, não pareceres opinativos.

Por ser um ato opinativo, a manifestação jurídica pode apenas ser utilizada como elemento de fundamentação de um ato administrativo propriamente dito, conforme se depreende da leitura de um trecho de decisão emanada nos autos do Mandado de Segurança n. 24.631-6, STF:

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. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. MS n. 24.631-6/DF. Relator: min. Joaquim Barbosa, DJ, 9 ago. 2007. Decisão publicada: 1 fev. 2008)

Por fim, após inúmeras decisões e posições doutrinárias, vislumbra-se, ainda, acórdão do TCU considerando que o parecer jurídico, embora obrigatório, não tem caráter vinculativo, devendo o gestor público examinar a correção do parecer:

É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo assessor jurídico que, na função consultiva, não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo. Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos tribunais de contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, inciso II, do Estatuto da OAB. Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que, ao proferir sua opinião, agiu de **má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro**. De outro modo, faltarão ao assessor jurídico o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, **consideradas essenciais à justiça** pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atento ao que já foi explanado sobre as alegações de justificativa/defesa, buscou-se em tais delineações mostrar a ausência de culpabilidade por não se aferir culpa ou dolo da peticionante. Não responsabilizá-la por seus atos legais realizados na simples atividade funcional, vão de encontro a toda a idéia de segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade desse Tribunal, em benefício do bem comum.

Entrementes, longe aqui intentar defender a tese de gerar uma carta branca para a imputação de toda a responsabilidade aos pareceristas por qualquer tipo de parecer jurídico. Deve sim, haver maior rigor quanto à fiscalização dos advogados públicos, assessores jurídicos, no que concerne à emissão dos seus pareceres nos procedimentos licitatórios, buscando sempre uma atuação proba, imparcial, cristalina e consubstanciada, sempre, na busca da consecução do interesse público primário. Coibir atos desmedidos e sem fundamentação possibilita uma maior lisura nas contratações públicas, dando azo para que sejam observados os princípios constitucionais explícitos e implícitos do artigo 37 da Constituição Federal.

O parecer jurídico, elemento tido como essencial pela lei no deslinde dos certames, deve ser um instrumento de controle preventivo da legalidade, e não um justificador de atitudes ilegais cometidas pelos gestores perante os tribunais de contas. Por isto, nesse sentido, a peticionante **in fine** repudia qualquer vício de probidade administrativa e se vê

subjetivamente afeto ao interesse de que este Tribunal tenha êxito na realização da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Entes da Administração Pública direta e indireta.

Diante do exposto, torna-se possível concluir que o mais importante não é responsabilizar ou não o parecerista, mas efetivar a fiscalização sobre a confecção dos pareceres, possibilitando a imputação da responsabilidade quando houver dolo, má-fé ou erro inescusável, como nos casos à exemplificação em que um gestor público inapto, mas eleito pelo voto popular, baseia-se na emissão de um parecer para tomar uma decisão, e este documento não se apresenta devidamente fundamentado pelo técnico competente, qual seja, um Procurador ou Assessor Jurídico.

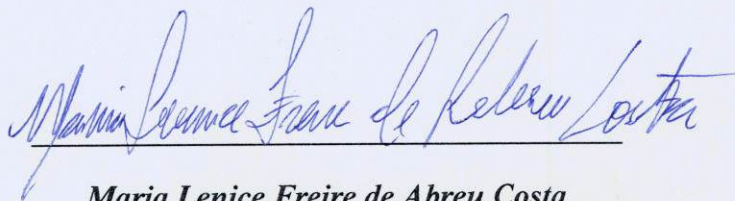
Resta evidente que a peticionante não poderia ter vislumbrado atos de oportunidade e conveniência após o Parecer, não há qualquer possibilidade de imputá-la culpa por negligência.

DO PEDIDO

- 1- O recebimento e processamento da presente Justificativa, para que a improbidade levantada no Relatório de Auditoria de Regularidade n.º 01/2016, na Análise da Prestação de Conta n.º 056/2016 e o Relatório de Auditoria de n.º 32/2014, seja afastada.
- 2- Caso não entenda pelo afastamento da justificativa pela ilegitimidade de parte, requer seja excluído do rol de responsáveis tendo em vista a ausência de determinação de liame objetivo/subjetivo dos atos praticados;
- 3- Requer ainda, acolhidas as justificativas dos itens elencados;
- 4- Sejam recebidas as exaradas informações por tempestivas, que acreditamos serem robustas e suficientes os esclarecimentos dos fatos e da matéria de direito apresentada;

Pede e aguarda Deferimento,

Palmas 08 de agosto de 2016.



Maria Lenice Freire de Abreu Costa

Maria Lenice Freire de Abreu Costa



Governo do
TOCANTINS
O Estado da Livre Iniciativa
e da Justiça Social



SECRETARIA DA
SAÚDE
www.saude.to.gov.br

Processo nº. 2013.3055.002860

DESPACHO Nº. 971 /2013

Vistos etc...

HOMOLOGO o Parecer Jurídico "CCT" nº. 525/2013, emitido pela Assessoria Jurídica desta Pasta, uma vez que ficou vislumbrada a aprovação da Minuta do Edital de Licitação a ser executado sob o Regime Diferenciado de Contratação, e, DETERMINO, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei das Licitações e Contratos Administrativos, bem como o Decreto nº. 4.576, de 21 de junho de 2012, que dispõe sobre a execução orçamentário-financeira do Poder Executivo, **o prosseguimento do feito, dispensando, todavia seu envio à Procuradoria Geral do Estado.**

Assim sendo, promova-se o encaminhamento dos presentes autos à Comissão Permanente de Licitação para adoção de providências para a continuidade do certame.

Palmas, 01 de outubro de 2013.

Vanda Maria Gonçalves Paiva
VANDA MARIA GONÇALVES PAIVA
Secretária de Estado da Saúde



Processo nº. : 2013 3055 002860

Assunto : Contratação Integrada de empresa especializada para prestação de serviços de elaboração de projeto executivo de arquitetura e engenharia, licenciamentos ambientais e de execução de reforma e ampliação do Hospital Regional de Paraíso

Interessado : Departamento de Atenção e Promoção à Saúde/Diretoria de Atenção Especializada

PARECER JURÍDICO "CCT" Nº. 525/2013

A Comissão Permanente de Licitação desta Pasta, por meio do Despacho nº. 17542013, solicita análise e emissão de parecer jurídico acerca da minuta do Edital de Licitação a ser executado sob o Regime Diferenciado de Contratações que visa a contratação INTEGRADA de empresa especializada para prestação de serviços de elaboração de projeto executivo de arquitetura e engenharia, licenciamentos ambientais e de execução de reforma e ampliação do Hospital Regional de Paraíso do Tocantins – HRP.

A motivação para a construção está contida na Justificativa da Secretária da Saúde, às fls. 03/05, onde, resumidamente, aduz que:

"(...)

A Secretaria da Saúde do Estado do Tocantins adotará a modalidade de licitação Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC, na contratação de serviços de engenharia para a Reforma, Adequação e Ampliação do Hospital, o que tornará o processo mais ágil e com menos riscos em relação à qualidade e aos custos do objeto contratado, o qual possui uma carga de especificidade e complexidade por se tratar de estrutura para os serviços de internação pediátrica, obstétrica, cirúrgica, médica e de longa permanência, centro cirúrgico, urgência e emergência, diagnósticos, apoio técnico e apoio logístico, contemplando a oferta e a organização de serviços de atendimento aos principais problemas de saúde e agravos da população, cuja prática clínica demande disponibilidade de profissionais especializados e o uso de recursos tecnológicos de apoio diagnóstico e terapêutico. Terá capacidade para 96 leitos, será projetado para proporcionar atendimento de forma próxima e acessível aos cidadãos, através da prestação de um conjunto de serviços que garantam uma intervenção rápida e eficaz, a fim de promover o diagnóstico precoce, orientar a terapêutica e ampliar a oferta de serviços ambulatoriais especializados, atendendo à necessidade regional nos problemas de saúde que não podem ser plenamente diagnosticados ou orientados na rede básica. "

Instruem-se os autos as seguintes documentações:

- MEM/SESAU/SGAL/DADM/CENGB Nº. 148/2013, fls. 01;
- Despacho nº. _____/2013/SESAU/GABSEC (sem numeração e sem assinatura da Secretária da Saúde), fls. 02;
- Declaração (sem assinatura da Secretária da Saúde), fls. 03;
- Justificativa para contratação em epígrafe e para adoção do RDC (sem assinatura da Secretária da Saúde), fls. 04/05;



- Anteprojeto de Engenharia (sem assinatura da Secretária da Saúde, dos diretores e coordenadora da Pasta), fls. 06/50;
- Anexo I – Termo de Compromisso de Execução dos Serviços e de Cessão de Direitos Autorais Patrimoniais, fls. 49/50;
- Anexo II – Quadro 1 (Modelo), fls. 51;
- Anexo II – Quadro 2 (Modelo), fls. 52;
- Anexo II – Quadro 3 (Modelo), fls. 53;
- Anexo II – Quadra 4 (Modelo), fls. 54;
- Anexo III (Modelo) – Termo de Compromisso do Pessoal Técnico Qualificado que Participará dos Serviços Licitados, fls. 55;
- Anexo IV – Modelo de Atestado de Visita, fls. 56;
- Anexo V (Modelo) – Declaração de Elaboração Independente de Proposta, fls. 57;
- Projeto Básico- Planta Cadastral, fls.58;
- Projeto Básico- Planta Construtiva, fls.59;
- Projeto Básico- Planta Baixa, fls.60;
- Projeto Básico- Lay out e implantação, fls.
- Memorial Descritivo, Especificações e Normas de Execução, fls. 62/109;
- Despacho nº. 62/2013, da Diretoria de Departamento de Administração e Logística, fls.110;
- Cópia do D.O.E nº. 3.967, contendo a Portaria nº. 1101, de 23/09/2013, fls.111;
- Minuta de Edital do RDC Presencial nº. ____/2013, fls. 112/158;
- Despacho nº. 1754/2013 , fls. 159.

É o relatório. Passemos ao mérito.

É cediço que a licitação pública é um instrumento jurídico importantíssimo para a contratação de obras e serviços públicos pela Administração Pública. A licitação é sempre a **REGRA**. É um procedimento administrativo de ordem constitucional, que tem por finalidade garantir que a Administração escolha a proposta mais vantajosa, segundo as regras e os princípios fixados pela lei.

Como bem indica o texto constitucional em seu art. 37, inciso 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.

A Constituição Federal em seu art. 22, inciso XXVII, definiu que compete à **União**, estabelecer **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades. Atendendo a determinação constitucional, foi promulgada a Lei n. 8.666/93, de 21 de Junho de 1993. Esta foi a responsável pela definição das normas gerais de licitação e contratação. Nela estão contidas todas as regras atinentes ao procedimento administrativo em tela para todos os entes federativos.



Oriunda da Medida Provisória n.º 527/2011, O Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC), instituído pela Lei n.º 12.462, de 05 de agosto de 2011, surgiu em meio a necessidade de agilizar as contratações necessárias aos eventos esportivos que serão sediados no Brasil, tendo em vista que o regime de licitação vigente é arcaico e dotado de diversos procedimentos burocráticos que são incompatíveis com o princípio da eficiência. Representa um avanço no modelo tradicional de licitações ao encurtar o tempo do processo e o custo dos projetos por adotar o critério de inversão de fases.

O RDC foi criado como alternativa mais célere, sem, contudo, deixar de ter em seu corpo o atendimento aos diversos princípios que regem as demais modalidades licitatórias já consagradas em nosso regime jurídico e constitucional, tais como: igualdade, proposta mais vantajosa para a administração, impessoalidade, legalidade, moralidade, publicidade, julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório e desenvolvimento nacional sustentável.

Embora esteja se falando de um regime especial, as preocupações constitucionais são perfeitamente atendidas, notadamente no que se refere ao disposto pelo art. 37, inciso XXI, da CF/88 abaixo

"Art. 37 da CF

(...)

*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.
(Regulamento)"*

Vê-se, pois, que não se está diante de uma exceção ao procedimento de licitação nos termos asseverados pela Carta Magna, absolutamente. A Lei, em momento algum, abdica do procedimento licitatório para celebrar os contratos dos empreendimentos almejados pela Administração. A subseção que trata da dispensa e inexigibilidade de licitação se limita a aplicar o previsto pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Não sendo, pois, motivo ensejador de qualquer prejuízo aos contratos decorrentes do RDC.

Tem-se, em verdade, a criação de uma alternativa para se instrumentalizar a contratação pública de uma forma mais ágil, econômica e eficiente.

José dos Santos Carvalho Filho conceitua licitação '*como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos - a celebração de contrato ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico*'.



O RDC, por seu turno, amolda-se ao conceito de licitação, de modo que tem a finalidade de selecionar a melhor proposta para a Administração, além de atender ao princípio da igualdade, estabelecendo métodos que visam a garantir a eficiência, através da produtividade e da economicidade, em prol do interesse público. A definição do vencedor se dá pelo menor preço quando os concorrentes apresentam suas propostas e ofertas por meio de lances públicos. Diferentemente do modelo tradicional de licitação, os concorrentes não têm acesso ao orçamento da obra.

O sistema de licitações (Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/02) é considerado longo, lento e complexo devido ao excesso de burocracia, que ainda dificulta o controle e favorece a corrupção. As empresas que se candidatam para vender produtos ou serviços para o governo precisam ter toda a documentação analisada mesmo que ela não seja anunciada como vencedora, e isso gera ainda mais atraso. Esta modalidade também não possibilita a contratação integrada de obras e permite que a empresa apresente recursos judiciais para cada etapa do processo.

Doutrinadores experientes, como Ivan Barbosa Rigolin e Benjamin Zymler, compreenderam que a nova lei servirá como direção para a mudança no procedimento atrasado e moroso estabelecido pela Lei Geral de Licitação (LGL), Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Nesta senda destacam-se as palavras de Rigolin:

'o que se espera com convicção é que algumas das ideias ventiladas na nova lei sirvam como patamar inicial para a mudança da lei de licitações, esta sim emperrada e arcaica, e que há muito desserve a Administração, o direito, a lógica jurídica e operacional, as mais primitivas, das licitações, e o senso com um das pessoas. Se para isso servir, e apenas para isso, já terá vindo em boa hora.'

Registre-se que, diferentemente do que ocorre com o Pregão, a adoção do rito do RDC afigura-se uma faculdade conferida ao gestor, o qual, nos termos do §2º art. 1º da Lei nº 12.462, de 2011, caso haja essa opção, deve fundamentar a sua escolha, indicando-a no instrumento convocatório da licitação. Essa opção acarreta o afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/93:

"Art. 1º

(...)

§2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei".

Diante dessa dicção legal, pode-se extrair que a lei que regulamenta o RDC é uma norma especial de contratações públicas, pois afasta, em regra, a aplicação da lei geral de contratações públicas. Não obstante, pelo próprio texto da Lei no 12.462, de 2011, depreende-se que esse afastamento não é total, já que há diversas referências à aplicação subsidiária da Lei nº 8.666, de 1993.



Assim, na medida em que o RDC aparece como modalidade licitatória autônoma, aplicável exclusivamente àquelas situações em que se busca uma maior simplificação, celeridade e eficiência, conforme se extrai do enunciado do *caput* do art. 1º da Lei nº 12.462, de 2011, pode-se concluir que compete ao legislador indicar quais são essas situações fáticas em que será salutar a adoção de tal procedimento. Em outras palavras, é importante que a adoção das situações pelo legislador guardem pertinência com uma maior necessidade de simplificação, celeridade e eficiência.

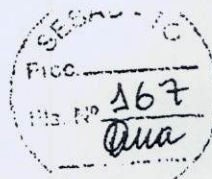
Cumpra observar que o objeto da licitação é a reforma e ampliação do Hospital Regional de Paraíso do Tocantins- HRP na cidade de Paraíso do Tocantins, com vistas a proporcionar a população atendimento médico de média complexidade, instalações adequadas ao bom desempenho das atividades especializadas; promover a integração da rede de assistência básica, especializada e hospitalar da região, atendendo os usuários do Sistema Único de Saúde – SUS, oferecendo, segundo o grau de complexidade de sua assistência e sua capacidade operacional, serviços de saúde, tais como: consultas e exames de especialidades médicas; criar uma rede de referência regional, com alta resolubilidade; ampliar os serviços para atendimento na sua capacidade máxima e possibilitar a oferta de vagas sendo referência regional, atendendo a população da cidade de Miracema no Estado do Tocantins e região, com tais considerações, a situação elencada pelo legislador, qual seja, a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, também encontram amparo na nova Lei, e é sob esta fundamentação que a licitação será regida com respaldo precípua no inciso V do art. 1º da Lei n. 12.462/2011, c/c outros instrumentos legais, tais como a Lei n.º 8.666/93 e a Lei n.º 10.520/02.

Pelo novo regime, as empresas licitantes oferecem os lances, e somente a empresa que vencer a licitação terá que apresentar os documentos exigidos para a habilitação. Assim, apenas o licitante que tiver a melhor proposta terá, em regra, que apresentar a sua documentação. Daí, qualquer empresa poderá participar do procedimento licitatório, tendo ou não condições de executar o trabalho.

A licitação seguirá com as características da modalidade do **pregão**, cujos padrões de desempenho e qualidade estão objetivamente definidos no instrumento convocatório acostados ao processo, por meio de especificações usuais do mercado.

Como bem observou o Ministro Benjamim Zymler, Presidente do TCU, em audiência pública realizada em 03 de maio passado, na Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (CMA): *“é um grande avanço a possibilidade de utilização de pregão para obras públicas. O Tribunal sente que esse caminho é quase impossível de deixar de ser avançado, só que, de acordo com o ordenamento positivo que temos hoje, esse pregão para obras é vedado pela Lei n.º 8.666. Ora, o PLV, em diversos dispositivos, estende às licitações do RDC regras hoje aplicáveis apenas ao pregão, tais como a disputa por meio de lances, a unificação das fases recursais e a inversão de fases.”*

O RDC estabelece que o instrumento convocatório contenha um “anteprojeto” de engenharia, o qual contempla os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra e do serviço, a fim de que o responsável pelo projeto, o particular licitante, tenha os parâmetros necessários para a execução do objeto. Também



deverá constar a apresentação prévia do termo de referência do objeto, o que possibilitará o julgamento objetivo das propostas, princípios basilares do procedimento licitatório.

O art. 5º da Lei 12.462/2011 determina que o objeto da licitação seja definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas as especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, como se verifica na presente minuta.

Segundo o art. 15, a nova Lei regula os instrumentos convocatórios nas licitações por RDC, estabelecendo os prazos entre a publicação do edital e a apresentação das propostas, *in verbis*:

“Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

- a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e*
- b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;*

II - para a contratação de serviços e obras:

- a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e*
- b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea a deste inciso;*

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.”

Com tais considerações, a situação elencada pelo legislador, qual seja, a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas de saúde, pode, a princípio, enquadrar-se em hipótese plausível de adoção de RDC, na medida em que possibilitará a construção de unidades de saúde com maior rapidez, o que, certamente, beneficiará milhares de usuários espalhados pelo Estado, concretizando, em última linha, o direito fundamental à saúde.

No tocante à minuta do edital sob análise, constatou-se que a mesma atende as exigências pertinentes, aplicadas subsidiariamente ao caso, contidas no artigo 40, “caput” e seus incisos, da Lei Federal nº. 8.666/93, e se apresentou instruída com:

- Preâmbulo e Objeto;
- Do Cronograma dos Trabalhos Licitatórios;



- Do Fundamento Legal, Da Forma de Execução da Licitação e outros;
- Da Participação;
- Das Propostas de Preços e Técnica e da Pontuação Final;
- Da Forma de Apresentação dos Documentos em Geral;
- Da Sessão Pública (Credenciamento, Propostas, Lances e Outros);
- Do Valor Estimado;
- Do Equilíbrio Econômico-Financeiro;
- Dos Documentos de Habilitação;
- Dos Pedidos de Esclarecimentos, Das Impugnações e Dos Recursos;
- Do Encerramento;
- Da Adjudicação e Homologação;
- Da Garantia Contratual, Da Contratação e Do Contrato;
- Da Dotação, Pagamentos, Reajustamento e Atualização de Preços;
- Das Sanções Administrativas;
- Das Disposições Finais;
- Anexo I – Anteprojeto;
- Anexo II – Minuta de Contrato.

O Mestre Jessé Torres Pereira Júnior¹, no que toca ao edital, nos ensina que:

“Como todo ato administrativo, o edital encontra na lei os limites da discricionariedade com que a Administração pode elaborá-lo, em homenagem ao princípio da legalidade. Ver é que a Administração pode alinhar no edital as exigências e condições que reputar adequadas ao objeto da licitação e ao resguardo do interesse público, porém desde que não contravenham à Lei. Têm decidido os Tribunais que “É nulo o edital elaborado sem observância de prescrições legais”.

Já os doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo² também destacam que “O edital é a “lei interna” da licitação. Ele deve fixar as condições de realização da licitação e vincula a administração e os proponentes”.

¹ Pereira Junior, Jessé Torres; Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública/Jessé Torres Pereira Junior. – 7. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Apud CRETELLA, Direito Administrativo nos Tribunais, fl. 81. Ed. Saraiva, 1979. fl. 485.



Pela leitura do art. 39 da Lei do RDC, abaixo transcrito, passa-se então à análise do cabimento de instrumento contratual:

"Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei 8666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei."

Sendo assim, o caso em tela enquadra-se na hipótese do art. 62, §1º, da Lei nº. 8.666/93:

"Art.62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

§ 1º A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação."

A minuta do contrato deverá conter as cláusulas essenciais previstas na legislação pertinente, isto é, no art. 55 e incisos da Lei 8.666/93, *in verbis*:

"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;*

² Alexandrino, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado/Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo - 18.ª Ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, fl. 578.



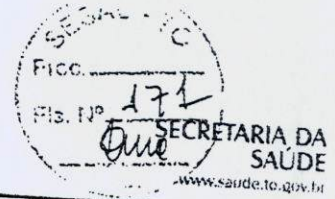
- X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos 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."

Entretanto, faz-se necessário para a devida instrução do processo, o saneamento dos apontamentos a seguir:

1. Correção da numeração das páginas nos autos;
2. Providenciar a assinatura da Secretária da Saúde na Justificativa para contratação em epígrafe e para adoção do RDC, fls. 04/05;
3. Providenciar a numeração do documento e assinatura, fls. 02;
4. Providenciar a assinatura, fls. 03;
5. Providenciar as assinaturas da Secretária da Saúde, dos Diretores e da Coordenadora, fls. 06/48;
6. No contrato deve haver o apontamento do reconhecimento do direito da Administração em caso de rescisão contratual, conforme inciso IX do artigo 55 da Lei nº 8.666/93;
7. Deve também conter no contrato a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos, conforme inciso XII do artigo 55 da Lei nº 8.666/93;
8. Por fim, deve conter no contrato a previsão da publicação do extrato de contrato.
9. Anexar Planilha Orçamentária Estimativa;
10. Anexar Matriz de Risco – Contratação Integrada;
11. Acostar Registro de Responsabilidade Técnica – RRT;

Isto posto, verifica-se que todos os requisitos legais estabelecidos pela Lei n.º 12.462/12 e seu Decreto Federal n.º 7581, bem como aplicação subsidiária da Lei Federal n.º 8.666/1993, Lei Federal n.º 10.520/2002 e pelo Decreto Estadual n.º 2.434/05 foram devidamente observados.

Por todo o exposto, em uma análise perfunctória, haja vista o exíguo tempo para aprofundamento do tema, fundamentando-se no que dos autos consta, ressaltando-se o caráter opinativo do presente parecer, e prescindindo dos aspectos técnicos e administrativos, de alçada das áreas técnicas responsáveis e do gestor desta Pasta, não sujeitos ao crivo desta Assessoria Jurídica, incluindo o juízo de oportunidade e conveniência não passíveis de



análise, opina-se pela possibilidade do seu prosseguimento, desde que sejam atendidas as recomendações apontadas no corpo da peça opinativa.

É o Parecer, s.m.j. Submeta-se à Chefe da Pasta.

ASSESSORIA JURÍDICA – SESAUTO, Palmas – TO, 01 de outubro de 2013.

Maria Lenice Freire de Abreu Costa
Maria Lenice Freire de Abreu Costa
Chefe da Assessoria Jurídica

M^{te} Lenice Freire de A. Costa
Chefe de Assessoria Jurídica
Mat. 52377-2 / SESAUTO



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS

A(s) assinatura(s) abaixo garante(m) a autenticidade/validade deste documento.

HELLEN MAYANA GOMES REIS

Cargo: ESTAGIARIO - Matricula: 263110

Código de Autenticação: 658811a3395ece1274ff5ac1eb2fda07 - 11/08/2016 14:39:36