



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

REF.: PROCESSO N.º	377632020-0
MODALIDADE	CONSULTA
CONSULENTE	MARIANA SMARCARO ARRECO
RELATOR	ANA MARIA BERNARDES ROCHA DE MENDONÇA PEZENTE

- Membro **ANA MARIA BERNARDES ROCHA DE MENDONÇA PEZENTE** (Relatora):

RELATÓRIO

Trata o caso em apreço de consulta formulada pela advogada, **Dra. Mariana Smarçaro Arréco**, onde almeja exame acerca de situação em tese, conforme trecho da fl. 01, dos autos que segue transcrito:

“Boa tarde, me chamo Mariana Smarçaro Arréco, sou advogada inscrita na OAB/ES 33.913, e servidora do Município de Linhares/ES como Assessora de Departamento da Procuradoria Geral do Município, na Setorial Administrativa. Gostaria de solicitar informações sobre as seguintes questões: Segundo o artigo 28, inciso III, do Estatuto da OAB, a advocacia é incompatível com ocupantes de cargos ou funções de direção em Órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público; todavia, no caso do Pregoeiro, este, aparentemente, não ocupa cargo ou função de direção em órgãos da Administração Pública. Isso porque o inciso IV do artigo 3º da Lei nº 10.520/2002, que institui a modalidade de licitação denominada Pregão, determina que a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor. Além disso, de acordo com o artigo 17 do Decreto nº 10.024/2019, que regulamento o pregão eletrônico, são atribuições do Pregoeiro: conduzir a sessão pública; receber, examinar e decidir as impugnações e os pedidos de esclarecimentos



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

*ao edital e aos anexos, além de poder requisitar subsídios formais aos responsáveis pela elaboração desses documentos; verificar a conformidade da proposta em relação aos requisitos estabelecidos no edital; coordenar a sessão pública e o envio de lances; verificar e julgar as condições de habilitação; sanear erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos de habilitação e sua validade jurídica; receber, examinar e decidir os recursos e encaminhá-los à autoridade competente quando mantiver sua decisão; indicar o vencedor do certame; adjudicar o objeto, quando não houver recurso; conduzir os trabalhos da equipe de apoio; e encaminhar o processo devidamente instruído à autoridade competente e propor a sua homologação. Nota-se, diante das atribuições previstas nas legislações vigentes, que, aparentemente, não há qualquer hipótese do Pregoeiro exercer um cargo ou função de direção ou chefia, pois sua atuação é unicamente na condução do Pregão. Por essa razão, solicito as seguintes informações: **há impedimento ou incompatibilidade de advogado atuar como Pregoeiro do Município? Caso seja possível a atuação como Pregoeiro, o advogado pode continuar atuando em causas privadas, que não tenham qualquer relação com a Fazenda Pública?.**” (Grifamos)*

É o Relatório.

PARECER

Conforme orientação firmada por esta Turma “*A admissibilidade da consulta submetida ao Tribunal de Ética e Disciplina está adstrita ao preenchimento de dois requisitos: (i) ser formulada em tese e (ii) mesmo que em tese, não evidenciar ‘interesse de obtenção de prejulgamento para casos específicos’*” (TED-OAB/ES; Rel.^a Dr.^a Giulia Pippi Bachour Guisso; Primeira Turma; Julgado em 17.05.2019; DEOAB, Ano I N.º 101 | sexta-feira, 24 de maio de 2019 | Página: 51).¹

Nesse sentido, resta evidenciado no caso *sub examine* que a consulta foi formulada em tese, não havendo circunstâncias que indiquem interesse em prejulgamento para casos específicos, de modo que **admito a presente consulta e passo a responde-la.**

¹ No mesmo sentido: Processo n.º 179402017-0, Rel. Dr. Rodolfo Gomes Amadeo; Processo n.º 30452019-0, Rel. Dr. Marlilson Machado Sueiro de Carvalho; Processo n.º 291212019-0, Rel. Dr. Bruno Richa Menegatti.



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

Consoante se depreende dos autos, busca a consulente parecer acerca da possibilidade de advogado exercer a função de pregoeiro de Município e, em caso positivo, se o advogado pode seguir atuando em causas privadas que não tenham relação com a Fazenda pública, pois bem;

A regra relativa à incompatibilidade de que se trata é a prevista no art. 28, III, da Lei nº 8.906/94, que traz a incompatibilidade do exercício da advocacia com a atividade desempenhada por "ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público".

Resta saber, num primeiro momento (sob o aspecto puramente legal), se o pregoeiro, deteria algum poder de decisão sobre interesse de terceiros, à luz das atribuições legais previstas.

Em princípio, nos termos do que dispõe o inciso IV do artigo 3º da Lei 10.520/2002, que institui, no âmbito da União, Distrito Federal e Municípios a modalidade de licitação denominada pregão, citado, inclusive pela consulente, o pregoeiro, a par de exercer funções relevantes, não decide o certame, o que nos termos do inciso XXII do artigo 4º do mesmo diploma, fica à cargo da autoridade competente, *in verbis*:

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

XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital;

Vale lembrar, entretanto, que embora não tenha competência para homologar a proposta vencedora, é o pregoeiro quem detém o poder de definir a proposta mais vantajosa, quem tem a responsabilidade por avaliar a técnica, julgar e decidir sobre a habilitação do vencedor, sendo necessário destacar que das suas decisões depende a lisura, a imparcialidade do certame e principalmente a segurança da administração



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

pública pela certeza de que está adquirindo os melhores serviços ou bens, pelo menor preço.

Nesse sentido me parece forçoso reconhecer, que embora haja posições contrárias, como no caso do entendimento expresso pelo TED-OAB/SP na consulta de nº. E-4.132/2012, recai sobre a função a incompatibilidade descrita no inciso III do artigo 28 do EAOAB.

Na mesma linha de pensamento tem se manifestado do CFOAB, *in verbis*:

RECURSO N. 49.0000.2016.005787-3/PCA. Recte: Rodrigo Mancilha de França. Interessado: Conselho Seccional da OAB/Pernambuco. Relator: Conselheiro Federal Paulo Raimundo Lima Ralin (SE). EMENTA N. 116/2016/PCA. Improcedência. Indeferimento de inscrição formulado por Bacharel ocupante de cargo de Pregoeiro da Comissão permanente de licitação da Secretaria da Casa Civil do Governo do Estado de Pernambuco. A função exercida gera incompatibilidade com o exercício da advocacia. Incompatibilidade nos termos do art. 28, III da Lei 8.906/94. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedida de votar a Representante da OAB/Pernambuco. Brasília, 19 de setembro de 2016. Felipe Sarmento Cordeiro, Presidente. Paulo Raimundo Lima Ralin, Relator. (DOU, S.1, 26.09.2016, p. 129-130) (Grifamos)

RECURSO N. 49.0000.2017.007369-3/PCA. Recte: Érica dos Santos Vieira (Adv.: Marcos Daniel Souza Rodrigues OAB/AM 10987). Interessado: Conselho Seccional da OAB/Amazonas. Relator: Conselheiro Federal Luiz Saraiva Correia (AC). EMENTA N. 089/2017/PCA. Improcedência. Indeferimento de inscrição formulado por Bacharel ocupante de cargo de Pregoeiro da Subcomissão da Comissão Geral de Licitação do Estado do Amazonas. A função exercida pela Recorrente gera incompatibilidade com o exercício da advocacia porquanto possibilita a tomada de decisão relevante sobre interesse de terceiro, em face dos participantes do certame



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

licitatório, independentemente de sua vinculação hierárquica ou do poder homologatório de competência do chefe da comissão. Inteligência do art. 28, III e seu parágrafo 2º da Lei 8.906/94. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante da OAB/Amazonas. Brasília, 23 de outubro de 2017. Marcelo Lavocat Galvão, Presidente em exercício. Luiz Saraiva Correia, Relator. (DOU, S.1, 07.11.2017, p. 119) (Grifamos)

RECURSO N. 49.0000.2019.000899-0/PCA Recorrente: Ronnie Preuss Duarte - Presidente da OAB/PE (Gestão 2016/2018). Recorrido: Jefferson de Albuquerque Alves. Interessado: Conselho Seccional da OAB/Pernambuco. Relator: Conselheiro Federal Airton Martins Molina (PR). Ementa n. 098/2019/PCA. RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DEFERIU A INSCRIÇÃO NA OAB DE BACHAREL OCUPANTE DO CARGO DE PREGOEIRO. PROVIMENTO. O INDEFERIMENTO DA INSCRIÇÃO É MEDIDA QUE SE IMPÕE DIANTE DA RECONHECIDA INCOMPATIBILIDADE COM O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. Não é possível advogar e exercer a função de Pregoeiro, porque embora não tenha competência para homologar a proposta vencedora, é ele que detém o poder de definir a mais vantajosa, avaliar a técnica, julgar e decidir sobre a habilitação do vencedor, sendo necessário destacar que das suas decisões depende a lisura, a imparcialidade do certame e principalmente a segurança da administração pública pela certeza de que está adquirindo os melhores serviços ou bens, pelo menor preço. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedido de votar o Representante da OAB/Pernambuco. Brasília, 20 de agosto de 2019. José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral, Presidente. Artur Humberto Piancastelli, Relator ad hoc. (DEOAB, a. 1, n. 186, 26.9.2019, p. 2) (Grifamos)



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

Note-se que, muito embora a Constituição estabeleça em seu artigo 5º inciso XIII que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão”, ela traz a ressalva de que devem ser “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, incluindo-se no sentido abrangente de qualificações profissionais, as incompatibilidades e os impedimentos a que se refere o Estatuto.

Por óbvio, no que concerne a incompatibilidade descrita no inciso III do artigo 28, interessa ao Estatuto muito mais a função de direção que detenha poder de decisão relevante sobre interesses de terceiro, do que o tipo ou denominação do cargo *sub examine*.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União que trata da responsabilidade do pregoeiro ajuda a clarificar essa questão, na medida em que denota a extensão do seu poder de agir, dentro das atribuições que lhe são conferidas em razão do exercício da função.

O fato de a lei não ter previsto, expressamente, a proibição de participação de licitantes com interesses econômicos em comum não impede o pregoeiro de agir, caso verifique a ocorrência de situação que possa dar ensejo a combinação, ajustes ou possível frustração do caráter competitivo do certame. Acórdão 3657/2013-Plenário | Relator: ANA ARRAES.

É recomendável que o pregoeiro, diante de indícios de anormalidade na disputa, como ausência de lances para muitos itens de bens e serviços ou de comportamentos das licitantes que indiquem simulação de disputa, suspenda o pregão e encaminhe a questão para avaliação da autoridade superior, para que se examine a possibilidade de revogar ou anular o certame e/ou de instaurar processo administrativo para apurar a conduta das licitantes, em deferência ao princípio da competitividade. Acórdão 1955/2014-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER.

O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas. No entanto, imputa-se responsabilidade a pregoeiro, quando contribui com a



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

prática de atos omissivos e comissivos, na condução de certame cujo edital contenha cláusulas sabidamente em desacordo com as leis de licitações públicas, porque compete ao pregoeiro, na condição de servidor público, caso tenha ciência de manifesta ilegalidade, recusar-se ao cumprimento do edital e representar à autoridade superior (art. 116, incisos IV, VI e XII e parágrafo único, da Lei 8.112/90) . Acórdão 1729/2015-Primeira Câmara | Relator: BRUNO DANTAS

*É da competência do pregoeiro e da autoridade que homologa o certame verificar se houve pesquisa recente de preços junto ao mercado fornecedor do bem licitado e se essa pesquisa se orientou por critérios aceitáveis.
Acórdão 2318/2017-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER.*

Com efeito, respeitosamente consigno entendimento no sentido de ser incompatível o exercício do cargo de pregoeiro com a advocacia, nos termos do que determina a norma insculpida no inciso III do artigo 28 do EAOAB.

Este é o parecer que submeto à apreciação deste sodalício.

*
* *

- Membro **EDUARDO ROCHA LEMOS** (Vogal):

Acompanho a Relatora/Divirjo.

*
* *

- Membro **MARLILSON M. SUEIRO DE CARVALHO** (Presidente da Turma/Vogal):

Acompanho a Relatora.



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

*
* *

SÚMULA DE JULGAMENTO: à unanimidade conhecer da consulta, e responde-la nos termos do voto da Relatora.

EMENTA E ACÓRDÃO

Ref.: Processo (Com) n.º 377632020-0

Modalidade : Consulta
Consulente : Mariana Smarçaro Arréco
Relatora : Ana Maria Bernardes Rocha de Mendonça Pezente

EMENTA N.º _____/TURMA JULGADORA/2021

CONSULTA FORMULADA EM TESE - ADMISSIBILIDADE – EXERCÍCIO DO CARGO DE PREGOEIRO – INCOMPATIBILIDADE COM O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA – PRECEDENTES DO CFOAB. Admissibilidade da consulta formulada em tese. (i) Embora não tenha competência para homologar a proposta vencedora, é o pregoeiro quem detém o poder de definir a proposta mais vantajosa, quem tem a responsabilidade por avaliar a técnica, julgar e decidir sobre a habilitação do vencedor, sendo necessário destacar que das suas decisões depende a lisura, a imparcialidade do certame e principalmente a segurança da administração pública pela certeza de que está adquirindo os melhores serviços ou bens, pelo menor preço. (ii) Conforme precedentes do CFOAB, recai sobre a função a incompatibilidade descrita no inciso III do artigo 28 da Lei 8.906/94. (iii) Consulta admitida e respondida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, em ambiente virtual, acordam os membros julgadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora do Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional da OAB/ES, *por unanimidade de*



Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Espírito Santo
Tribunal de Ética e Disciplina

Primeira Turma

votos, observado o quórum exigido pelo RITED/OAB-ES, em **conhecer da consulta e respondê-la** nos termos do voto da Relatora.

Vitória (ES), 16 de abril de 2021.

Ana Maria Bernardes Rocha de Mendonça Pezente.
Relatora