



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJEIRAS

000061

PARECER JURÍDICO N. 31/2022

Laranjeiras (SE), 14 de março de 2022.

EMENTA: Fase interna da licitação. Pregão. Registro de preços. Minuta do instrumento convocatório. Exame da legalidade. Regularidade.

CONSULENTE: FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE LARANJEIRAS

CONSULTADO: ALVES & MANDARINO ADVOCACIA, inscrita no CNPJ com o n. 22.940.556/0001-09 e com domicílio na Avenida Dr. Roosevelt Dantas Cardoso de Menezes, n. 1.134, bairro Centro, CEP 49.010-410, Aracaju (SE), neste ato representada pelo advogado **FELIPE AUGUSTO DE SANTANA ALVES**, inscrito na OAB/SE com o n. 5.281.

ASSUNTO: Fornecimento de medicamentos.

BASE LEGAL: Art. 38, inciso VI, da Lei de n. 8.666/93.

1. RELATÓRIO

1. Foi nos solicitado pelo Consulente a análise, para emissão de parecer de jurídico, de procedimento licitatório na modalidade de pregão eletrônico e sob a sistemática de registro de preços cujo objeto é a contratação, pelo Poder Executivo desta municipalidade, de aquisição de equipamentos e materiais hospitalares.

2. O procedimento foi instaurado a pedido de secretaria deste Município e visando a satisfazer justificada necessidade administrativa. Foi também juntada minuta do instrumento convocatório e do contrato administrativo a ser celebrado e justificativa técnica para a contratação.

3. É o relatório.



2. DO ESCOPO E DAS LIMITAÇÕES DO PARECER JURÍDICO

4. *Prima facie* - e com vistas a aclarar a metodologia de trabalho utilizada na confecção do presente parecer -, impende tecer considerações quanto ao seu escopo e limitações.

5. O art. 38, parágrafo único, da Lei de n. 8.666/93, abaixo reproduzido, exige que as minutas de editais de licitação e dos contratos a serem celebrados pela Administração Pública sejam previamente examinadas e aprovadas pelo seu órgão de assessoria jurídica.

Art. 38. [...]
Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

6. A exegese puramente gramatical do referido dispositivo poderia conduzir o intérprete à errônea conclusão de que, dada a necessidade de prévia aprovação por aquele órgão, a sua manifestação se revestiria de caráter vinculante. Tal não é, contudo, o entendimento histórico do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconhece expressamente que os pareceres proferidos quando da análise dos atos que precedem contratação pública têm natureza opinativa apenas, e não vinculante.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, 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 das 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 Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. [...]

III. - Mandado de Segurança deferido.¹

¹ STF. MS 24073, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003

PP-00029 EMENT VOL-02130-02 PP-00379.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJEIRAS

000063

7. Ademais de despido de caráter vinculante, faz-se precípua pontuar que, quando de sua análise, debruça-se o parecerista sobre a legalidade dos atos praticados, e não sobre a sua oportunidade e conveniência. Fosse tal expediente admitido, estaria o parecerista usurpando o papel do próprio gestor, a quem legitimamente compete o exame o destes critérios do ato administrativo. Outro não é o entendimento da doutrina, conforme visto nas lições de RONNY CHARLES LOPES DE TORRES:

O advogado parecerista, de forma alguma, apresenta-se como “responsável por contas”, não é ordenador de despesas e, em sua atividade, não pratica ato de gestão, mas sim uma aferição técnico-jurídica que se restringe a uma análise dos aspectos de legalidade que envolvem as minutas previstas no parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, aferição que, inclusive, não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão contratual de administrador, em seu âmbito discricionário.²

8. Assentadas, pois, as premissas metodológicas do presente trabalho – de natureza opinativa e que tem por objeto o exame da legalidade dos atos postos à nossa apreciação – adentremos no parecer propriamente dito.

3. FUNDAMENTAÇÃO

9. Feitas as considerações acima sobre o atual estado do procedimento licitatório e as bases metodológicas deste parecer, cumpre-nos agora opinar pela validade da fase interna do certame. Para tanto, devemos nos ater às disposições das Leis de n. 8.666/93 e 10.520/02, fazendo um comparativo entre estas e os fatos ocorridos ao longo do procedimento licitatório.

10. Preliminarmente, impende apontar o acerto da modalidade licitatória escolhida para processamento do certame em tela, nos termos do art. 1º da Lei de n. 10.520/02, uma vez que destina-se o pregão à aquisição de bens e serviços comuns, caso da prestação que esta municipalidade pretende obter junto ao

² DE TORRES, Ronny Charles Lopes. **Leis de licitações públicas comentadas**. 9. ed. São Paulo: JusPodium, p. 490.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJEIRAS

00000064
00000063

futuro contratado, uma vez que seus padrões de qualidade podem ser objetivamente definidos pelo instrumento convocatório segundo especificações usuais no mercado.

Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.
Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

11. Discorrendo sobre o que vem a ser bens e serviços comuns, confira-se o escólio de RONNY CHARLES LOPES DE TORRES:

Os bens e serviços comuns devem conter especificações passíveis de aferição objetiva e de inequívoca compreensão pela leitura da descrição editalícia, de forma que não apresente maiores dificuldades técnicas para seleção. [...]
Não é imprescindível que o bem comum esteja “pronto” no mercado (ex: compra de caneta), pois é possível também que o pregão seja utilizado para bens confeccionados por encomenda. O importante é que o produto possa ser objetivamente caracterizado em sua espécie, desempenho e qualidade, através de especificações usuais do mercado, de forma a tornar desnecessária a avaliação técnica do bem ou serviço, para verificação de seu atendimento ao interesse administrativo.³

12. Destrinchando os caracteres essenciais à caracterização de um bem ou serviço como sendo comum, leciona-nos RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA:

O conceito (indeterminado) de “bem ou serviço comum” possui as seguintes características básicas: disponibilidade no mercado (o objeto é encontrado facilmente no mercado), padronização (predeterminação, de modo objetivo e uniforme, da qualidade e dos atributos essenciais do bem ou do serviço) e casuísmo moderado (a qualidade “comum” deve ser verificada em cada caso concreto e não em termos abstratos.⁴

13. Ademais de conduzida sob a modalidade de pregão, o certame em comento faz uso também da sistemática de contratação do registro de preços, prevista no art. 15, inciso II, da Lei de n. 8.666/93, infra transcrito:

³ *Idem*. p. 922.

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. 6. ed. São

Paulo: Método, p. 116.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJEIRAS

000065

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

14. Tecendo considerações quanto ao sistema de contratação em exame, ensina-nos MARÇAL JUSTEN FILHO:

O registro de preços é um contrato normativo, expressão que indica uma relação jurídica de cunho preliminar e abrangente, que estabelece vínculo jurídico disciplinando o modo de aperfeiçoamento de futuras contratações entre as partes. Por isso, as condições pactuadas no registro de preços são vinculantes para ambas as partes. Assim, a Administração Pública não poderá exigir que o particular entregue produtos em qualidade, quantidade ou condições distintas daquelas estabelecidas. Deverão ser observadas as regras quanto ao preço e seu pagamento. [...] A natureza facultativa da utilização do registro de preços por parte da Administração não elimina a existência de uma relação jurídica, o que é evidenciado pelos limites e condições impostos à conduta das partes envolvidas.⁵

15. O certame em comento atende também ao disposto nos arts. 47 e 48, inciso I, da Lei Complementar de n. 123/06, abaixo reproduzido, porquanto concede, nos termos daquela legislação, tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:
I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;
III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 256.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJEIRAS

000066

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

16. A concessão de tratamento mais benéfico àquelas empresas, contudo, não pode se dar com prejuízo para a Administração Pública, a teor do que preconiza o art. 49, inciso III, daquele diploma, o que deverá ser observado pelo pregoeiro quando da condução da sessão do pregão. Neste sentido, oportuno a respeito da possibilidade de afastamento do tratamento diferenciado concedido àquelas empresas é o magistério de RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA:

O afastamento do referido tratamento diferenciado é ratificado, inclusive, pelo art. 49, III, da LC 123/2006, no caso em que 'não for vantajoso para a Administração Pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto contratado'. Ora a contratação da ME ou EPP por preço superior ao apresentado pela primeira colocada no certame não seria, por óbvio, vantajosa para o Município.

Ademais, lembre-se mais uma vez de que a LC 123/2006, ao estabelecer as hipóteses de tratamento diferenciado para ME e EPP, não estabelece, em momento algum, a possibilidade de contratação dessas entidades por preço superior ao apresentado pelo primeiro colocado.

Tanto isso é verdade que, mesmo no empate ficto ou presumido, quando há diferença entre as propostas da primeira colocada e as apresentadas por ME ou EPP, a legislação apenas oportuniza a possibilidade de apresentação de nova proposta por parte da ME ou EPP, que deve, necessariamente, ser inferior à proposta da primeira colocada.⁶

17. O instrumento convocatório, por sua, vez preenche os requisitos exigidos pelo art. 40 da Lei de n. 8.666/93, conforme *checklist* em anexo ao presente parecer, estando apto para publicação e conseqüente instauração da fase externa deste certame. Pontue-se ainda, forte nas lições de MARÇAL JUSTEN FILHO, que "os incisos do art. 40 dispõem exemplificativamente acerca do conteúdo do edital"⁷, havendo, por conseguinte, cláusulas que podem ou não ser aplicadas conforme a natureza do certame.

18. As mesmas considerações podem ser feitas a respeito da minuta da ata de registro de preços a ser celebrada – com as eventuais

⁶ *Op. cit.* p. 146.

⁷ *Op. cit.* p. 708.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJEIRAS

000067

ressalvas constantes do *checklist* que segue em anexo ao presente parecer -, que não necessariamente deve conter todas as cláusulas essenciais contempladas no art. 55 daquele diploma. Mais uma vez, recorre-se aqui aos ensinamentos de MARÇAL JUSTEN FILHO:

O texto do *caput* do art. 55 induz à necessidade de que todo contrato administrativo contenha as cláusulas numeradas nos diversos incisos. Porém, nem todas as hipóteses dos diversos incisos são realmente obrigatórias. Ou seja, a ausência de algumas delas descaracteriza um contrato administrativo e acarreta a nulidade da avença. Quanto a outras cláusulas, sua presença é desejável, mas não obrigatória. São obrigatórias as cláusulas correspondentes aos incs. I, II, III, IV e VII. As demais ou são dispensáveis (porque sua ausência não impede a incidência de princípios e regras legais) ou são facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato. [...]

Por outro lado, o art. 55 fornece um elenco que não se configura como exaustivo. Não há vedação a que outros temas sejam objeto de disciplina contratual.⁸

19.

É a fundamentação.

4. CONCLUSÃO

Ex positis, manifestamo-nos pelo acerto da modalidade licitatória escolhida para o processamento do presente certame e pela regularidade das minutas do edital e da ata de registro de preços postas à nossa apreciação.

Ressaltamos que a veracidade das informações e documentos apresentados é de inteira responsabilidade dos gestores públicos.

É o parecer.

FELIPE AUGUSTO DE SANTANA ALVES

OAB/SE 5.281

⁸ *Idem.* p. 939.



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJEIRAS

000068

ANEXO I - CHECKLIST DAS CLÁUSULAS DO EDITAL		
ITEM	HÁ PREVISÃO NO EDITAL?	CLÁUSULAS CORRESPONDENTE
Repartição interessada (art. 40, <i>caput</i> , da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Preâmbulo
Modalidade (art. 40, <i>caput</i> , da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Preâmbulo
Regime de execução de obra ou serviço (art. 40, <i>caput</i> , da Lei de n. 8.666/93)	Não se aplica	-
Tipo da licitação (art. 40, <i>caput</i> , da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Preâmbulo
Menção que será regida pela Lei de n. 8.666/93 (art. 40, <i>caput</i> , da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Preâmbulo
Objeto da licitação (art. 40, inciso I, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	1.0
Prazo e condições para assinatura ou retirada do instrumento, para execução do contrato e entrega do objeto da licitação (art. 40, inciso II, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	12.2.1
Sanções para o caso de inadimplemento (art. 40, inciso III, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	17.0
Local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico (art. 40, inciso IV, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Preâmbulo
Se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido (art. 40, inciso V, da Lei de n. 8.666/93)	Não se aplica	-
Condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas (art. 40, inciso VI, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	5.0
Critério para julgamento (art. 40, inciso VII, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Preâmbulo
Locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto (art. 40, inciso VIII, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Preâmbulo
Condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 40, inciso IX, da Lei de n. 8.666/93)	Não se aplica	-
Critério de aceitabilidade dos preços unitário e global (art. 40, inciso X, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	10.0
Critério de reajuste (art. 40, inciso XI, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	16.4



ESTADO DE SERGIPE
PREFEITURA MUNICIPAL DE LARANJEIRAS

000069

Limites para pagamento de instalação e mobilização (art. 40, inciso XIII, da Lei de n. 8.666/93)	Não se aplica	-
Prazo de pagamento não superior a 30 (trinta) dias (art. 40, inciso XIV, alínea "a", da Lei de n. 8.666/93)	Sim	16.2.2
Cronograma de desembolso máximo por período (art. 40, inciso XIV, alínea "b", da Lei de n. 8.666/93)	Não se aplica	-
Critério de atualização financeira dos valores a serem pagos (art. 40, inciso XIV, alínea "c", da Lei de n. 8.666/93)	Não	Cláusula dispensável
Compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos (art. 40, inciso XIV, alínea "d", da Lei de n. 8.666/93)	Não	Cláusula dispensável
Exigência de seguros (art. 40, inciso XIV, alínea "e", da Lei de n. 8.666/93)	Não se aplica	-
Instruções e normas para os recursos previstos em Lei (art. 40, inciso XV, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	18.0
Condições de recebimento do objeto da licitação (art. 40, inciso XVI, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	15.0
Projeto básico ou executivo, com todas as suas partes (art. 40, § 2º, inciso I, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Anexo I - Termo de Referência
Orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários (art. 40, § 2º, inciso II, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Item 2.0 do Anexo I - Termo de Referência
Minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor (art. 40, § 2º, inciso III, da Lei de n. 8.666/93)	Sim	Anexo V - Minuta da Ata de Registro de Preços