



PARECER JURÍDICO/2023

**FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE - FMS
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 028/2023
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 026/2023**

EMENTA: PARECER JURÍDICO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA NO FORNECIMENTO DE REAGENTES, CONTROLES, CALBRADORES E INSUMOS PARA A REALIZAÇÃO DE EXAMES IMUNOQUÍMICOS, HEMATOLÓGICOS, HEMOSTASIA E UROANÁLISES, POR TÉCNICA AUTOMATIZADA COM O CESSÃO GRATUITA EM REGIME DE COMODATO DE EQUIPAMENTO AUTOMATIZADO, TREINAMENTO DE PESSOAL E ASSISTÊNCIA TÉCNICA E CIENTÍFICA, SOFTWARE DE GESTÃO LABORATORIAL E INTERFACE, PARA ATENDER ÀS NECESSIDADES DO LABORATÓRIO MUNICIPAL DE PAUDALHO/PE, PELO O PRAZO DE 12 (DOZE) MESES. ANÁLISE PRÉVIA DO EDITAL RETIFICADO E DA MINUTA DO CONTRATO.

1. RELATÓRIO

Trata o presente de análise sobre a legalidade das *minutas, do edital retificado e do contrato*, em cumprimento ao disposto no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93¹, no tocante aos aspectos jurídicos-formais para Contratação de empresa especializada no fornecimento de reagentes, controles, calibradores e insumos para a realização de exames imunoquímicos, hematológicos, hemostasia e uroanálises, por técnica automatizada com o cessão gratuita em regime de comodato de equipamento automatizado, treinamento de pessoal e assistência técnica e científica, software de gestão laboratorial e interface, de acordo com as especificações contidas no termo de referência, para atender às necessidades do laboratório municipal de Paudalho/PE, pelo o prazo de 12 (doze) meses.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Da modalidade licitatória escolhida

¹ 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.



A Constituição Federal, em seu art. 37, inc. XXI, prevê que *“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”*.

Percebe-se que, em regra, os casos de contratações públicas devem ser precedidos da realização de certame licitatório.

Analisando-se os autos, é possível notar que foi empregada a modalidade **pregão**, o qual é destinado à aquisição de bens e serviços reputados comuns, conforme dispõe o art. 1º, da Lei 10.520/2002².

Nesse diapasão, imperioso é destacar que a natureza “comum” não é atributo congênito do bem ou serviço, assim como também não se confunde com aquele objeto portador de características técnicas complexas.

De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira³, “o conceito (indeterminado) de bem ou serviço comum possui as seguintes características básicas: disponibilidade de 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 casuismo moderado (a qualidade “comum” deve ser verificada em cada caso concreto, e não em termos abstratos)”.

Infere-se, portanto, que o conceito é aberto, não sendo possível, pois, um rol taxativo de todos os serviços e bens reputados comuns. Em razão disso, há de ser analisado o caso concreto, a fim de que seja verificado o cabimento da modalidade licitatória em tela.

Destaque-se, que não compete a assessoria jurídica definir se o bem ou serviço que se deseja contratar é reputado comum, viabilizando a adoção do pregão, mas tão-somente fazer um juízo de valor a respeito da escolha feita pelo(a) Pregoeiro(a) ou Autoridade Superior.

Neste caso, não há oposição quanto à escolha do pregão.

2.2 Da fase interna da licitação

É cediço que no processo licitatório basicamente existem duas fases distintas, a saber: a fase interna e a fase externa, sendo a primeira, que é a que nos interessa neste caso, a sequência de atos preparatórios internos de cada órgão ou entidade para realização da licitação.

Nesse esteio, é primordial que o Pregoeiro observe o disposto no art. 3º da Lei do Pregão, bem como o seu § 1º, que dizem:

² 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.

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3 ed. Método, São Paulo.



Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

I - a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

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.

§ 1º A equipe de apoio deverá ser integrada em sua maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

Nesse diapasão, seguindo o procedimento acima apontado, aquele efetivamente realizado será reputado legal.

2.3 Da estimativa de preço

Antes de qualquer contratação, faz-se cogente que a administração pública conheça o total de despesa que, por estimativa, será necessário despender com o objeto pretendido.

Em sendo assim, imperioso é que a pesquisa de preços seja feita da forma mais ampla possível, seja por meio de orçamentos praticados por diferentes fornecedores, exame de valores em outras contratações do Poder Público com objeto semelhante, pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco mediante o sistema "Tome Conta", tabelas oficiais, dentre outros meios.

Tal pesquisa tem como fito possibilitar a autoridade competente avaliar as vantagens e a economicidade da contratação que se pretende levar a efeito. Em caso de obras de engenharia, a estimativa deve ser feita mediante a adoção de tabelas referenciais, como a SINAPI, por exemplo.

Como já dito anteriormente, não cabe ao assessor jurídico analisar os valores eventualmente inseridos no termo de referência/projeto básico, sendo importante a feitura deste registro para resguardar o interesse público. A propósito, o TCU especifica que *"não constitui incumbência obrigatória da CPL, do pregoeiro ou da autoridade superior realizar pesquisas de preços no mercado e em outros entes públicos, sendo essa atribuição, tendo em vista a complexidade dos diversos objetos licitados, dos setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto"*⁴.

⁴ TCU. Acórdão 3516/2007. Processo nº 005.991/2000-7, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz.



Nunca será morosa a realização de pesquisas, inclusive aquelas praticadas no âmbito da administração pública (art. 15, inc. V, e § 1º, LLCA)⁵, porquanto, consoante salientado, tal diligência visa a economicidade, que é um princípio a ser atingido pelo Poder Público.

Nesse ponto, é primordial que o órgão interessado pela contratação ou aquele designado para cotar preços certifique-se que a cotação realizada reflete a realidade do mercado, de modo que se evitem eventuais alegações de sobrepreço da sua parte.

A propósito, o MPCO, nos autos do Processo TCE/PE N° 1460126-6, citando o TCU, exarou parecer, que veio a ser utilizado pelo Relator Conselheiro Substituto CARLOS PIMENTEL como fundamento de sua decisão, a qual foi ratificada pelos demais membros da Câmara do TCE, nos seguintes termos:

(...) a Corte de Contas federal mudou seu entendimento, como é possível notar no Acórdão 868/2013 – Plenário, nos dizeres do Min. Rel. Marcos Bemquerer Costa:

Para a estimativa do preço a ser contratado, é necessário consultar as fontes de pesquisa que sejam capazes de representar o mercado. A propósito, o Voto que conduziu o Acórdão 2.170/2007 – TCU – Plenário, citado no relatório de auditoria, indica exemplos de fontes de pesquisa de preço, in verbis: 'Esse conjunto de preços ao qual me referi como "cesta de preços aceitáveis" pode ser oriundo, por exemplo, de pesquisas junto a fornecedores, valores adjudicados em licitações de órgãos públicos – inclusos aqueles constantes no Comprasnet –, valores registrados em atas de SRP, entre outras fontes disponíveis tanto para os gestores como para os órgãos de controle – a exemplo de compras/contratações realizadas por corporações privadas em condições idênticas ou semelhantes àquelas da Administração Pública –, desde que, com relação a qualquer das fontes utilizadas, sejam expurgados os valores que, manifestamente, não representem a realidade do mercado.

Conforme se verifica, o TCU manteve a ideia de pesquisa de preços não firmando em três orçamentos, mas vinculando à pesquisas que reflitam a realidade de mercado.

Como se vê, embora não exista a regra de apresentação de três orçamentos para se estimar um valor, há, de outra banda, o dever de a estimativa feita refletir a realidade do mercado. Esse mesmo entendimento foi mencionado pelo Conselheiro VALDECIR PASCOAL nos autos do Processo TC n° 1603378-4.

2.4 Do exame das minutas do edital e do contrato

O art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, preconiza que *“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”*.

⁵ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. § 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.



Nesse contexto, entende-se que as minutas do edital e do contrato atendem a todas as exigências legais, considerando que:

1. Foi adotado o critério de julgamento “MENOR PREÇO POR GRUPO/LOTE” (subitem 1.5);
2. O valor estimado que o Município se propõe a pagar pelo objeto da presente licitação - Valor de Referência -, está devidamente informado neste instrumento convocatório - Anexo I;
3. O objeto foi detalhado de forma clara;
4. Considerando ter sido adotado o modo de disputa “aberto” (subitem 7.8), foi definido intervalo mínimo entre lances (subitem 7.6), em cumprimento ao disposto no parágrafo único do art. 31 do Decreto nº 10.024/19;
5. A documentação de habilitação exigida (item 8) não possui exigências restritivas, cingindo-se ao mínimo exigido por lei;

O Termo de Referência descreve a justificativa para a contratação, especificações técnicas, quantidade estimada, condições de fornecimento, recebimento, obrigações das partes etc., cumprindo aos requisitos mínimos exigidos por lei.

A minuta do contrato possui as cláusulas mínima necessárias, em observância ao art. 55 da Lei nº 8.666/93.

O edital atende os termos do art. 40, § 1º, da Lei nº 8.666/93, “o original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados”.

2.5 Da fase externa

No que tange à fase externa do certame, é forçoso que seja observado pelo(a) Pregoeiro(a) todos os incisos previstos no art. 4º da Lei do Pregão, bem como o disposto no art. 20 do Decreto 10.024/19.

2.6 Considerações finais

É de suma importância destacar que compete à assessoria jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, de modo que não é da sua alçada abordar ou opinar sobre aspectos relativos à discricionariedade da administração pública na prática dos atos administrativos, muito menos examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e financeira.

Isso quer dizer que não cabe a esta assessoria discutir a necessidade da realização do certame, o conteúdo do objeto licitado, suas especificações, os valores estimados etc., já que lhe falta não só conhecimento, como também competência para tanto.

Neste parecer, igualmente, não se verifica a eventual existência de outro processo licitatório anterior, sua dispensa ou inexigibilidade, visando contratação igual ou semelhante a esta, **CINGINDO-SE SUA ANÁLISE ÀQUILO CONSUBSTANCIADO NO EDITAL E NO ANEXO DO CONTRATO, NADA MAIS.**



Esses limites se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa. Isso significa que quando a matéria for eminentemente técnica, envolvendo aspectos multidisciplinares (jurídica, preços de mercado, necessidade da contratação), como é uma licitação pública, convém que o setor jurídico atue especificamente quanto ao que dispõe a legislação aplicável a matéria, a qual está bem delimitada no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93.

Traz-se, ainda, por analogia, o disposto no Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, que preconiza da seguinte maneira:

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como técnicos, administrativos ou de conveniência e oportunidade;

Curial destacar, ainda preliminarmente, que a natureza do parecer ora elaborado é meramente opinativa, devendo, por essa razão, passar pelo crivo do(a) Pregoeiro(a)/CPL, assim como do(a) gestor(a) público(a), uma vez que a opinião explanada por esta assessoria não é vinculante, podendo aqueles, de forma justificada, agir de modo divergente daquela aqui opinada.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, e resguardado o poder discricionário do gestor público quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo, **OPINA ESTA ASSESSORIA JURÍDICA QUE AS MINUTAS, DO EDITAL RETIFICADO E DO CONTRATO, CUMPREM TODAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS ATINENTES À ESPÉCIE.**

O conteúdo deste parecer jurídico é meramente opinativo, não vinculando⁶, portanto, a administração pública, que poderá agir diferentemente, baseado em suas próprias razões.

Paudalho/PE, 19 de Dezembro de 2023.

Flávio Bruno de Almeida Silva
OAB/PE 22.465
Almeida Paula Assessoria Jurídica

Vadson de Almeida Paula
OAB/PE 22.405

Almeida Paula Assessoria Jurídica

⁶ "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. CF., 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. 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.II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. (STF - MS 24073 / DF - DISTRITO FEDERAL - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - Julgamento: 06/11/2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 31-10-2003).