



**PETRIBÚ, SIMÕES**  
ADVOGADOS ASSOCIADOS

## PARECER JURÍDICO

**EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. PARECER JURÍDICO. PROCESSO LICITATÓRIO nº 29/2023. PREGÃO ELETRÔNICO Nº 08/2023. REGISTRO DE PREÇO. MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. ANÁLISE PRÉVIA DA MINUTA DO EDITAL E DA MINUTA DO CONTRATO.**

### **1. Da Síntese:**

Trata-se o presente de consulta sobre a legalidade da minuta do edital e seus anexos, encaminhado para análise desta assessoria jurídica, em cumprimento ao disposto no artigo 38, parágrafo único da Lei 8.666/93, no tocante aos aspectos jurídicos-formais para realização de licitação que tem como objeto o registro formal de preços para eventual e futura aquisição de material de construção, visando atender às necessidades da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano, Obras e Serviços Públicos, pelo período de 12 (doze) meses.

Registro que foi encaminhada para análise unicamente a minuta do edital e seus anexos.

É o que basta a relatar, passando esta assessoria jurídica, neste momento, a opinar.

### **2. Da Fundamentação:**

#### **2.1 Preliminarmente:**

De início, antes de adentrar especificamente no edital encaminhado, **é de suma importância destacar que compete à assessoria jurídica prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico**, de modo que não é competência, tampouco cabe-nos relatar/opinar sobre aspectos

  
PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR  
OAB/PE 30.471

A





**PETRIBÚ, SIMÕES**  
ADVOGADOS ASSOCIADOS

relativos à discricionariedade da administração pública na prática dos atos administrativos, **muito menos examinar questões de natureza eminentemente técnica, administrativa e financeira, salvo naquelas situações absurdas, de fácil verificação.**

Isso quer dizer, para que reste claro, que não cabe a esta assessoria discutir a necessidade da realização do certame, suas especificações e quantitativo licitado, tampouco o preço cotado, já que lhe falta conhecimento para tanto.

Os limites do presente parecer acima mencionados se justificam em razão do princípio da deferência técnico-administrativa.

Ou seja, 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 à matéria.

Trago, ainda, por analogia, o disposto no Enunciado nº7 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 pregoeiro, assim como do gestor público, uma vez que a opinião explanada por esta assessoria não é vinculante, podendo os agentes públicos, de forma justificada, agirem de modo divergente do que aqui se opina.

## **2.2 Da Modalidade Licitatória Escolhida:**

É cediço que a Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, prevê que:

Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure

  
PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JUNIOR  
OAB/PE 30.471

*[Handwritten signature]*





**PETRIBÚ, SIMÕES**  
ADVOGADOS ASSOCIADOS

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

3

Percebe-se, destarte, que, em regra, os casos de contratações públicas devem ser precedidos da realização de certame licitatório, sendo dever do administrador a escolha da proposta que seja mais vantajosa ao interesse público, sem menosprezar os princípios que regulam a participação dos licitantes.

Pois bem, dito isso, tem-se que a escolha do pregão como modalidade da licitação destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 10.520/2002.

**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.*

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 Oliveira:

“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)”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3 ed. Método, São Paulo)





Inferre-se, portanto, que o conceito é aberto, não sendo possível, pois, um rol taxativo de todos os serviços e bens comuns.

Em razão disso, há de ser analisado o caso concreto, a fim de verificar se se trata de um bem/serviço passível de aplicar tal modalidade.

Destaque-se, ainda, que não compete a esta assessoria, mas sim área técnica do Município avaliar o enquadramento do bem ou serviço a ser adquirido como comum, a fim de viabilizar a utilização de tal modalidade. No caso concreto, entendeu-se ser o objeto do presente pregão de natureza comum - o que não se opõe esta assessoria.

### **2.3 Da Fase Interna:**

É cediço que no processo licitatório basicamente existem duas fases distintas, a saber: a fase interna e a fase externa.

A fase interna, que é a que nos interessa nesse caso, é a sequência de atos preparatórios internos de cada órgão ou entidade para realização da licitação.

**Dentro da fase interna, é de incumbência da assessoria jurídica apenas analisar e emitir juízo de valor acerca das minutas do edital e do contrato (parágrafo único do artigo 38).**

De todo modo, é importante orientar, desde já, que **deve** constar na fase interna:

1. Requisição e descrição do objeto de forma objetiva, com termo de referência contendo todas as especificações necessárias;
2. Justificativa da contratação;
3. Justificativa/Estimativa do valor a ser gasto pelo erário, que deve ser precedida de pesquisa ampla de preços no mercado;
4. Planilha com a composição (media) de preços para um dos itens licitados.
5. Autorização para abertura do certame por parte do ordenador de despesas;
6. Designação da comissão de licitação ou pregoeiro e equipe de apoio, juntando aos autos a Portaria de nomeação.
7. Elaboração da minuta do edital, dentre outros documentos que se fizerem necessários.
8. Além disso, o processo deve ser devidamente atuado, protocolado e numerado.

A





No caso concreto, como este assessor teve acesso unicamente à minuta do edital e seus anexos, orientar que apenas haja a continuação do certame se **todos** acima mencionados estiverem devidamente preenchidos.

Faço, no entanto, algumas observações:

- *No que tange à justificativa do quantitativo a ser licitado, curial destacar que a Administração Pública tem o dever legal de demonstrar os critérios para a estimativa dos quantitativos licitados.*

Destaque-se, ademais, que essa quantificação não pode ser arbitrária ou genérica, de modo que deve ser formulada em bases objetivas e reproduzíveis, como, por exemplo, considerando o consumo dos anos anteriores, projeção de crescimento no período do contrato etc. A quantificação escurrita do produto/serviço a ser contratado impacta diretamente na orçamentação, pois o volume de qualquer contratação pressiona o preço das propostas para baixo ou para cima.

Mais do que isso, o fato de ter adotado o registro de preços, onde não há a obrigação de contratar todo o estimado, não exime as unidades solicitantes de produtos/serviço de bem quantificar os objetos a serem contratados.

Em suma, a indicação de quantitativos exorbitantes pode afastar fornecedores idôneos, que saibam não ser possível atender à demanda registrada, se realmente for contratada. E a ausência de quantitativo mínimo do produto/serviço não promove a economia de escala (efeito barganha).

- Com relação à justificativa de preços, convém destacar que 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. Isso porque é a pesquisa de preços que vai fundamentar o julgamento da licitação, definindo o preço de referência. O preço de referência dá suporte ao processo orçamentário da despesa, define a modalidade de licitação – nos casos previstos na Lei nº 8.666/93 – fundamenta os critérios de aceitabilidade de propostas, define a economicidade da aquisição e justifica a compra no sistema de registro de preços.

Registre-se que a importância do orçamento estimativo não é apenas formal ou para identificar a modalidade cabível de licitação (até porque, no caso do pregão, isso não teria sentido), mas se trata de instrumento fundamental para a análise das propostas, quanto à sua aceitabilidade ou eventual desclassificação, além de servir de parâmetro para a negociação a ser conduzida pelo pregoeiro.

A





**PETRIBÚ, SIMÕES**  
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Para que o orçamento seja verdadeiramente útil, a Administração deve elaborá-lo de modo a refletir o máximo possível da realidade em que será executado o contrato, considerando todas as variáveis incidentes, tais como, prazos contratuais, quantitativos, especificidades do objeto, além das características precisas do que será licitado.

E mais: **A estimativa da contratação feita com base exclusivamente em pesquisa de mercado vem sendo condenada pelo Tribunal de Contas da União.**

Com efeito, entende aquela Corte de Contas, em recentes julgados:

ACÓRDÃO Nº 1445/2015 – TCU – Plenário VISTOS, (...)  
**9.3.1. no âmbito do Pregão Eletrônico 28/2014, constatou-se que o orçamento estimado foi elaborado com base tão somente em consulta a fornecedores, contrariando jurisprudência do TCU no sentido de que, na elaboração de orçamento na fase de planejamento da contratação de bens e serviços, bem como quando da demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato de serviço contínuo, devem ser utilizadas fontes diversificadas, a fim de dar maior segurança no que diz respeito aos valores a serem adjudicados; 9.3.2. para fim de orçamentação nas licitações de bens e serviços, devem ser priorizados os parâmetros previstos nos incisos I e III do art. 2º da IN SLTI/MPOG 5/2014, quais sejam, “Portal de Compras Governamentais” e “contratações similares de outros entes públicos”, em detrimento dos parâmetros contidos nos incisos II e IV daquele mesmo art. 2º, isto é, “pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo” e “pesquisa com os fornecedores”, cuja adoção deve ser vista como prática subsidiária, suplementar;**

9.4. encaminhar cópia deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentam, à autora da representação, ao Ministério da Justiça e à SLTI/MPOG;  
9.5. arquivar os autos após as devidas comunicações processuais

Observe-se que o TCU entende que a pesquisa exclusivamente com fornecedores de mercado é o último recurso a ser utilizado, na escala de prioridades, devendo ser dada preferência à consulta ao portal de compras governamentais e às contratações similares de outros entes públicos. Ou seja, que haja fontes diversificadas.

  
FÁBIO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JUNIOR  
OAB/PE 30.471





No caso, como fora encaminhado unicamente a minuta, não há como verificar a forma que se deu a estimativa. Porém, fica a observação acima feita.

#### **2.4 Do Exame da Minuta do Edital.**

Não obstante tudo que fora exposto acima, cumpre fazer algumas observações no que tange à minuta do edital e seus anexos.

- Com relação ao subitem 1.6, relembro que após a Lei 13.726/2018, nas relações entre o Poder Público e o particular, a autenticação de cópia de documento é dispensada, cabendo ao agente administrativo, mediante a comparação entre o original e a cópia, atestar a autenticidade
- Corrigir os trechos na minuta do edital e do contrato onde é citado o Fundo Municipal de Saúde.
- Sugere-se, por uma questão de organização, que fique claro na planilha os itens que são de ampla concorrência.

#### **2.5 Da Fase Externa do Pregão:**

No que tange à fase externa do certame, que ainda não se iniciou, imperioso asseverar que deve ser observado pelo Sr. Pregoeiro todos os incisos previstos no artigo 4º da Lei de Pregão, uma vez que dispõe de todo o procedimento a ser realizado.

Faz-se o alerta, em especial, para que haja observância, sob pena de nulidade, do disposto no artigo 4º, I, quanto a publicidade dada ao certame:

Art. 4º [...]

I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º;

A





**PETRIBÚ, SIMÕES**  
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Ademais, deve ser respeitado o prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis entre a publicação do aviso e a apresentação das propostas, conforme dispõe o inciso V do supramencionado artigo.

E no tocante ao prazo mínimo, importante destacar que, quando necessária publicação em dois meios de divulgação, como é o caso da Tomada de Preços, o **TCU entende que o prazo de divulgação deve ser contado da data da última publicação do aviso com o resumo do edital ou expedição do convite.**

Registre-se, ainda, um equívoco que comumente é verificado nos processos licitatórios quanto ao prazo mínimo existente. Em várias situações denota-se que é publicado o resumo do ato convocatório, tendo sido marcado, erroneamente, o dia do recebimento dos envelopes exatamente para o último do prazo.

O prazo mínimo estipulado em lei é **entre** a publicação do aviso e a data do ato formal inicial (recebimento dos envelopes, sessão), não sendo possível realizar a licitação no último dia. Nesse sentido é a lição do prof. Marçal Justen Filho, quando trata do prazo do pregão, mas que vale para todas as demais modalidades:

“Infringirá a lei a designação do pregão para o oitavo dia útil seguinte à publicação. Deve haver oito dias entre a data da publicação do aviso e a data do pregão.”<sup>1</sup>

Importante transcrever, também, decisões do TCU sobre o ponto:

“Proceda à publicação dos resumos dos editais dos processos licitatórios na imprensa oficial e em jornal diário de grande circulação, conforme disposto no art. 21, inciso III, da Lei 8.666/93, observando o prazo mínimo estabelecido no § 2º do mesmo artigo para o recebimento das propostas ou realização do evento. (Acórdão 712/2003, Segunda Câmara).

Assim, tem-se que é de suma importância a observação do prazo mínimo correto da publicação para realização do certame, posto que, agindo em sentido contrário, estaria a CPL divergindo do que prevê a lei, sendo hipótese, inclusive, de anulação do processo licitatório.

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal: Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 5 ed. Dialética, São Paulo, 2009.





Em razão do valor estimado, deve haver publicação também no jornal de grande circulação.

## **2.6 Das Diligências in loco:**

Antes da conclusão do presente parecer, curial fazer uma observação ao Sr. Pregoeiro.

É fato público e notório que a cada dia crescem os casos em que verdadeiras empresas "aventureiras" participam de processos licitatórios, sem possuir, no entanto, em certos casos, a estrutura necessária para fornecer o bem ou prestar o serviço de forma exitosa para a administração pública.

Nunca é demais lembrar que a administração pública visa com a licitação a proposta mais vantajosa, que não necessariamente significa a de menor preço. Em determinadas situações, aquela empresa que apresentou o menor preço não tem condições de fornecer nos moldes do edital, trazendo, em realidade, verdadeiro prejuízo à administração pública.

Por essa razão a comissão de licitação, pregoeiro ou autoridade superior poderão lançar mão de diligências para comprovar in loco o estado das instalações e maquinários dos possíveis contratados pela Administração.

Destaque-se que as providências e diligências adotadas deverão ser documentadas por escrito, dando ciência aos interessados da data e horário do ato a ser praticado, oportunizando aos licitantes e demais interessados em acompanhá-la e questionar a forma de sua realização, caso queiram.

Ao realizar a vistoria, a Comissão/Pregoeiro pode concluir se os possíveis contratados terão condições de cumprir o previsto no edital, não correndo risco a Administração de firmar contrato com empresas fantasmas ou com empresas que não têm condições de executar o contrato a ser firmado por não possuírem estrutura física para entregar o material ou executar o serviço nas conformidades do exigido no edital.

Portanto, a realização da inspeção in loco deverá ser feita sempre que o Pregoeiro, Comissão de Licitação ou Autoridade Superior perceber alguma dúvida quanto à existência da empresa ou quanto à sua estrutura para cumprir o contrato a ser firmado com o ente público.

Assim, sugere esta assessoria que, em havendo dúvidas, antes da homologação e assinatura dos contratos, sejam realizadas diligências nas





**PETRIBÚ, SIMÕES**  
ADVOGADOS ASSOCIADOS

empresas vencedoras, a fim de comprovar que essas possuem a estrutura necessária para cumprir com o contrato de forma exitosa.

### **3. Conclusão:**

Ante o exposto, e resguardado o poder discricionário do gestor público quanto à oportunidade e conveniência da prática do ato administrativo, opina-se sejam observados todos os apontamentos do parecer, com a devida correção, para ulterior prosseguimento do processo, caso seja do interesse da Administração.

**SMJ**

Condado, 29 de dezembro de 2023

PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR  
OAB/PE. 30.471

PAULO FERNANDO DE SOUZA SIMÕES JÚNIOR  
OAB/PE. 30.471