



PARECER JURÍDICO N° 101 /2023

Trata-se de solicitação encaminhada a esta Procuradoria Geral do Município de análise da Legalidade do texto da minuta do Contrato celebrado entre a **PREFEITURA MUNICIPAL DE ITABAIANA, SERGIPE**, e a empresa **DISTRIBUIDORA MENOR PREÇO LTDA**, ambos já qualificados nos autos da Dispensa de Licitação no qual emitimos parecer, que tem como **objetivo a aquisição e fornecimento parcelado de Alimentação Escolar: Ensino Fundamental, EJA, Creche, Pré-Escola, Atendimento Educacional Especializado (AEE) e Escola Agrícola**, para esta Prefeitura, conforme especificações e quantitativos estabelecidos nos autos do presente procedimento de dispensa, com valor orçado em **R\$ 14.671,25 (quatorze mil, seiscentos e setenta e um reais e vinte e cinco centavos)**, em favor da contratada, tudo em conformidade com o disposto na Lei n° 8.666/1993, mais especificamente o inciso XII, do art. 24.

Eis, em breve síntese, o relatório. Ademais segue parecer.

Ab initio, cumpre registrar que esse parecer jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a comissão de licitação ou o administrador na prática de atos ou no desfecho de processos administrativos.

É certo, que as normativas afirmam que alguns atos/processos administrativos devam ser precedidos de parecer jurídico para sua prática, sendo este apenas o requisito que o antecederá, obrigando o administrador a solicitá-lo, o que chamamos de parecer obrigatório.

ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Todavia, a obrigatoriedade da emissão do parecer jurídico não vincula o administrador à fundamentação ou conclusão sugerida pelo parecerista, forçando-o apenas a solicitá-lo da assessoria jurídica por força de lei, podendo ele, inclusive, agir de forma contrária ao sugerido por seu prolator.

Hely Lopes Meirelles leciona o seguinte sobre os pareceres:

"(...) Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à 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, ordinatória, negocial ou punitiva. (MEIRELLES, 2010, p. 197)".

Atente-se ao teor da Súmula nº 05/2012/CAOP do Conselho Federal da OAB, que possui a seguinte redação:

"ADVOGADO. DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO. PODER PÚBLICO. Não poderá ser responsabilizado, civil ou criminalmente, o advogado que, no regular exercício do seu mister, emite parecer técnico opinando sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação para contratação pelo Poder Público, porquanto inviolável nos seus atos e manifestações no exercício profissional, nos termos do art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB)."

Sendo assim, reforço que o presente Parecer Jurídico possui caráter meramente opinativo, não vinculando a decisão do Administrador.

É certo que o inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. No entanto, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação, quais sejam a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

Como se vê, admitiu-se a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando a Administração Pública a celebrar contratações diretas sem a efetivação de certame licitatório. A dispensa de licitação, uma dessas modalidades de contratação direta, é aquela em que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório.

Como afirma José dos Santos Carvalho Filho¹, na dispensa, há dois aspectos que merecem ser considerados:

*“O primeiro diz respeito à **excepcionalidade**, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade. Outro diz respeito à **taxatividade** das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público”.*

Cumprе ressaltar que, ainda que se trate de contratação direta, é necessária a formalização de um procedimento licitatório que culmine na celebração do contrato. Nesse sentido, vejamos o ensinamento de Marçal Justen Filho²:

“...os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada

¹ In “Manual de Direito Administrativo”, Lumen Juris, 14ª ed., Rio de Janeiro, 2005.

² In “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, Dialética, 8ª ed., São Paulo, 2000, p. 295.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. 'Ausência de licitação' não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação".

O precitado auto³, ao deambular à guisa da dispensa enfeixada pelo Inc. XII, do Art. 24, da Lei federal N° 8.666/93, obtempera:

"O dispositivo restringe a dispensa de licitação apenas aos casos de aquisições "eventuais". Compras não eventuais de alimentos (mesmo perecíveis) possibilitam uma programação tanto da administração como do fornecedor. A Administração definirá, de antemão, as quantidades e as épocas em que realizará as compras. O fornecedor terá condições de estimar as condições de fornecimento. Logo, nada justificaria a contratação direta, sem licitação prévia. Bem por isso, o dispositivo alude às condições diretas apenas nos intervalos de tempo necessário à realização dos "processos licitatórios correspondentes". (sem grifos)

Ainda, trago a lume os alvites do administrativista Charles, Ronny Lopes de Tores, o qual⁴, em suma, propala que quando o decurso do tempo, atinente ao processo regular de licitação, tiver o condão de ensejar o descalabro para administração pública, já que os itens alimentícios são, hialinamente, indispensáveis à prestação do

³ In "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Dialética, 8ª ed., São Paulo, 2000, p. 436.

⁴ In "Leis de Licitações Públicas comentadas", Juspodivm, 6ª edição, Rio de Janeiro, 2014, p. 264.



serviço público de educação, com o azo de prover a continuidade desse, tem -se laivo rotundo que, tais situações, enquadrar-se-ão na modalidade inculpada no inciso XII do art. 24 da Lei Federal N° 8.666/93, *ab litteris*:

“O dispositivo refere-se a uma situação de emergência, portanto vale a mesma regra da decisão do TCU, já citada, segundo a qual “falta de planejamento do administrador não é capaz de justificar a contratação emergencial.”

Permite chegar-se às vésperas da necessidade de aquisição dos alimentos, para iniciar o procedimento de contratação, caracterizando a situação emergencial, é evidente burla à obrigatoriedade do procedimento licitatório, devendo o gestor responsável apresentar justifica plausível que legitime tal procedimento, sob pena da apuração de reponsabilidades.” (grifo do original)

Nessa acepção, exsurge do supra expendido que, o agente público, não poderá, em nenhum grau, ter ensejado o caráter excepcional; após cotejar o repositório documental erigido pela Secretaria municipal de Educação, vê-se, inconcussamente, que não há qualquer indício de atuação desidiosa ou de incúria, pois, o procedimento licitatório que divisa à aquisição dos itens aqui entabulados, fora instaurado, proficuamente, no dilúculo do mês de janeiro, e, por conseqüência da observância dos ritos procedimentais coadunado com o assaz número de participantes, em condição de inexequibilidade, culminou num espriar sobremaneira do procedimento, onde, tal situação não era vaticinável. Restando, portanto, dispensado a instauração de procedimento Administrativo



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

sancionador, nos termos do Art. 2º, da Portaria N° 4.097, de 23 de dezembro de 2019, *mutatis mutandis, ipsis litteris*:

“Art. 2º Poderá a autoridade competente deixar de instaurar os processos administrativos sancionadores previstos no art. 148 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e no art. 2º da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, nos casos previstos no art. 1º, quando, apresentadas as justificativas e documentos comprobatórios acerca do fato, restar esclarecido, cumulativamente:

I - que servidor não deu causa à contratação verbal emergente e excepcional, quando se tratar de processo disciplinar;

II - que não há indícios da prática de atos lesivos previstos na Lei nº 12.846/2013, quando se tratar de processo administrativo de responsabilização de entes privados; e

III - que o valor do produto ou do serviço contratado é compatível aos existentes no mercado, comprovado mediante pesquisa de preços realizada de acordo com os critérios previstos em regulamento.” (sem grifos)

Nessa intelecção, encontra-se consubstanciado, no presente, as idiossincrasias necessárias ao enquadramento dos critérios cogente ao inc. XII do art. 24 do diploma legal em comento, o que, após propedêutica para com o compêndio documental adunado, atesta-se a observância de tal assertiva.

A minuta do contrato de prestação de serviços ora analisado trata de hipótese de dispensa de licitação prevista no inciso XII do art. 24 da Lei 8.666/93, que assim dispõe:



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

*“Art. 24. É dispensável a licitação:
(...)”*

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;. (grifo nosso)

Tal hipótese de dispensa é a consubstanciação de diversos fatores, dentre eles: itens compostos, em sua totalidade, de gêneros perecíveis; para um interregno temporal hábil, até a conclusão do correspondente procedimento licitatório; e que o preço seja compatível ao praticado em mercado. As condicionantes ressaí do escólio do Excelso Tribunal de Contas da União – TCU, a saber:

“A dispensa de licitação prevista no inciso XII, do art. 24, da Lei nº 8.666/93 apenas ampara a aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis efetuada com base no preço do dia e pelo tempo necessário para a realização da licitação correspondente.” (grifo do original) (Acórdão 1375/2006 Plenário (Sumário))

“Abstenha-se de fracionar despesas, e quando o fizer, de acordo com os permissivos legais, que adote o procedimento licitatório compatível com os valores totais envolvidos, observando atentamente as situações fáticas de aplicação de hipótese de dispensa de licitação, fundamentada no art. 24, inc. XII, da Lei nº 8.666/1993.” (original sem grifos) (Acórdão 860/2003 Plenário)

“(…) abstenha-se de realizar despesas de mesma espécie, com dispensa de licitação, cujos montantes



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

Folha N° 217
W

possam ultrapassar o limite estabelecido pelo art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93, sob pena de se configurar fracionamento de despesa com fuga ao procedimento licitatório, e atente para o fato de que compras realizadas com intervalos superiores a 30 dias não descaracterizam o fracionamento e de que o art. 24, inciso XII, da Lei nº 8.666/93 não ampara a aquisição de gêneros perecíveis indefinidamente.” (grifo nosso) (Acórdão 860/2003 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

“Cumpre observar que, mesmo a previsão de dispensa de licitação nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes (inciso XII do art. 24 da Lei nº 8.666/93), não exime o responsável do cumprimento da exigência contida no já mencionado art. 26 da mesma Lei.

Ademais, ficou devidamente caracterizada a falta de empenho da administração em conseguir preços mais baixos na aquisição dos gêneros alimentícios, inclusive porque as quantidades envolvidas propiciariam a obtenção de preços bem mais favoráveis. Tal procedimento viola, de fato, um dos princípios norteadores da Administração Pública, o da economicidade.” (sem grifos) (Acórdão 2/2001 Plenário (Voto do Ministro Relator))

Na hipótese em tela, tendo em vista que o valor da contratação é compatível ao preço praticado em mercado hodierno, há possibilidade de opção pela contratação direta. A verificação da legalidade, nestes casos, é simples e objetiva, dependendo do enquadramento das condições expostas algures.



Importa repontar, com esopeque no arrogado alhures, que a realização da contratação direta, com dispensa de licitação para aquisição de gêneros alimentícios perecíveis, com preços atinentes ao praticados pelo mercado no dia, exige um cuidado especial. **Não pode haver divisão da despesa visando à utilização de modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa. Desta forma, sendo previsíveis diversas aquisições do mesmo objeto, deve-se considerar seu valor global para fins de aplicação do limite previsto no inciso XII do citado art. 24.**

O procedimento de dispensa de licitação deverá ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante. Além disso, como em qualquer contratação direta, o preço ajustado deve ser coerente com o de mercado, devendo essa adequação restar comprovada nos autos, eis que a validade da contratação depende da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública.

Por fim, informo que a veracidade das informações e documentações ora apresentadas são de inteira responsabilidade dos contraentes, aos quais advirto acerca da possibilidade de aplicação de sanções políticas, administrativas, civis e penais para os casos de malversação da verba pública, decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa, consoante preconizado pela Lei n° 8.429/92 - após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, complementada na Lei n° 10/028/2000, que criou novos tipos penais (crimes contra as finanças públicas) - com a finalidade de tornar mais efetivos os principais constitucionais da Administração Pública, contidas no art. 37 da Constituição Federal.



ESTADO DE SERGIPE
Prefeitura Municipal de Itabaiana
Procuradoria Geral do Município

efetivos os principais constitucionais da Administração Pública, contidas no art. 37 da Constituição Federal.

Uma vez adotadas as providências assinaladas e se abstendo, obviamente, da apreciação dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade, opina-se pela realização da contratação direta.

Isto posto, bem como por ter o presente Contrato observado os requisitos exigidos para tanto, opina a Procuradoria do Município de forma favorável à contratação direta, pela modalidade Dispensa de Licitação.

Este é o nosso entendimento que elevo a apreciação superior

Itabaiana/SE, 13 de março de 2023.


Rubens Danilo Soares da Cunha
Procurador do Município