

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 05/2023-FMS.
ORIGEM : FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE
ASSUNTO : ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO.



PARECER ASSESSORIA JURÍDICA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VALOR DOS SERVIÇOS DENTRO DOS LIMITES PREVISTOS EM LEI (ART. 75, II, DA LEI N. 14.133/2021). POSSIBILIDADE. Ressalva quanto a exigência da documentação relativa à regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista da contratada e confecção de contrato nos termos do art. 121 e art. 91, respectivamente, da Lei n.º 14.133/2021.

I – RELATÓRIO

Trata-se de procedimento administrativo, encaminhado pela diretoria de compras, após prévia autorização das autoridades competentes, pleiteando a análise quanto à viabilidade para prestação de serviços, mediante dispensa de licitação, para contratação de empresa especializada em prestação de serviços de Assessoria de Comunicação, cobertura fotográfica de eventos em geral e criação de arte para material gráfico para a Secretaria municipal de Saúde.

Os autos vieram instruídos com oficialização de demanda; solicitação; Termo de autuação do processo; declaração de disponibilidade orçamentária, declaração de disponibilidade financeira; orçamentos prévios; justificativa de inexistência de estudo técnico preliminar; justificativa de inexistência de análise de risco; Termo de referência/justificativa da contratação; termo de autuação da comissão; aviso chamamento público; documentos constitutivos da empresa e certidões de regularidade fiscal; e despacho do setor de licitações para parecer prévio da assessoria jurídica.

É o breve relatório. Passo a opinar.

II – FUNDAMENTAÇÃO





Inicialmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida jurídica "*in abstracto*", ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômicos e financeiros e quanto às outras questões não ventiladas ou que exijam exercício da conveniência e discricionariedade administrativas, bem como verificação e conferência de cálculos e valores, os quais não competem à Procuradoria, mas aos serviços técnicos competentes da Administração.

A emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que relativo à área técnica competente da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria-Geral da União, por meio das Boas Práticas Consultivas, BCP nº 07, qual seja:

"BCP n" 07 (Manual 2014) O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto."

E ainda, tratando-se aqui de ato de Orientação jurídica a respeito da possibilidade de dispensa de licitação em razão do valor, não cabe no momento presente, apreciar a regularidade jurídica de todo o procedimento além do que, faz-se necessário apontar que a assessoria jurídica não tem competência para proceder auditoria em todos os atos praticados na presente instrução processual, cabendo esta atribuição aos órgãos de controle, internos e externos, a exemplo da verificação de eventual fracionamento de despesa, cuja apuração revela-se inviável por parte da assessoria jurídica.

Da mesma forma, não é da sua competência apreciar as questões de interesse e oportunidade do ato que se pretende praticar, visto que são da esfera discricionária do Administrador, bem como questões eminentemente técnicas fora das atribuições institucionais da assessoria jurídica. Destarte, o presente pronunciamento restringe-se somente ao questionamento jurídico formulado.

Assim, passa-se à análise dos aspectos relacionados às orientações jurídicas ora buscadas.

No campo da Administração Pública não se faz o que quer, mas, sim, o que a lei previamente autoriza. Em Direito, é o que tecnicamente se chama de princípio da legalidade (CF/88, art. 37, *caput*).

O que vale dizer, o gestor não faz o que quer, mas, sim, o que a lei expressamente autoriza.

No caso em tela, a regra matriz é a Lei n.º 14.133/2021.

F.M.S. Aliança - TO
Fls. n.º 46 J

É ainda princípio constitucional a realização de contratação pela administração mediante prévia licitação.

Assim, a Licitação é a regra, sendo sua dispensa a exceção.

Para atingir seu objetivo fim à administração é permitida dentre os diversos atos jurídicos a contratação com particulares, sempre observando os preceitos legais relativos à natureza e forma de contratação.

O **artigo 75 da Lei n.º 14.133/2021**, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, prevê, taxativamente, as hipóteses em que a licitação pode ser dispensada.

No inciso II do mencionado artigo, dispõe a lei:

Art. 75. É dispensável a licitação:

[...]

II – para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

[...]

Leciona Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 6ª Edição, Dialética, pág. 221, que:

A dispensa de licitação verifica-se em situações em que, embora viável competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público.

Nota-se, primeiramente, pelo que consta dos autos, que há interesse público na contratação, o que decorre até mesmo da mencionada solicitação bem como da Justificativa.

Observa-se, ainda, que o valor total da contratação não ultrapassa o teto fixado em lei para a contratação direta, incidindo, pois, o **art. 75, II, da Lei n.º 14.133/2021**.

Presentes, os requisitos legais.





Lado outro, no caso em testilha revela-se prudente e oportuno discorrer sobre a necessária não ocorrência da fragmentação (fracionamento de despesa), almejando manter consonância com o princípio da legalidade.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência recomendam que nas compras deverão ser observadas as quantidades a serem adquiridas em função do consumo estimado.

Portanto, deve haver um planejamento para a realização das compras, além disso, este planejamento deve observar o princípio da anualidade do orçamento. *“Logo, não pode o agente público justificar o fracionamento da despesa com várias aquisições ou contratações no mesmo exercício, sob modalidade de licitação inferior àquela exigida pelo total da despesa no ano, quando isto for decorrente da falta de planejamento.”* - Manual TCU.

O que vale dizer, **para que seja mantida a contratação por meio de dispensa do procedimento licitatório, é imprescindível que o somatório das contratações de um mesmo objeto, dentro do período de um ano, não ultrapasse o limite instituído pelo artigo 75, II da Lei 14.133/2021.**

Sobre a contratação indevida sem a observância do procedimento licitatório, fracionando as despesas, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, traz em sua obra *Contratação Direta sem Licitação*, páginas 154/159, 5ª edição, Editora Brasília Jurídica, posicionamento do Tribunal de Contas as União, de que: *“O parcelamento de despesa, quer com o objetivo de evitar modalidade mais ampla de licitação, quer com o de possibilitar-lhe a dispensa, constitui infração legal”* (...) e também o TCU firmou entendimento de que *“as compras devem ser estimadas para todo o exercício e há de ser preservada a modalidade correta para o objeto total, que agruparia todos os itens”*.

Essa orientação foi consagrada também em publicação oficial do TCU intitulada *Licitações e Contratos – Orientações Básicas*, Brasília:

“É vedado o fracionamento de despesa para adoção de dispensa de licitação ou modalidade de licitação menos rigorosa que a determinada para a totalidade do valor do objeto a ser licitado. Lembre-se fracionamento refere-se à despesa.”

“Atente para o fato de que, atingindo o limite legalmente fixado para dispensa de licitação, as demais contratações para serviços da mesma natureza deverão observar a obrigatoriedade da realização de certame licitatório, evitando a ocorrência de fracionamento de despesa.” Acórdão 73/2003 – Segunda Câmara.

Observa-se, ainda, que o valor total da contratação não ultrapassa o teto fixado em lei para a contratação direta, incidindo, pois, o art. 75, II, da Lei n.º 14.133/2021.



Presentes, pois, os requisitos legais, ressalvando o disposto no artigo 75, § 3º da lei 14.133/2021, que da preferir a previa divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 03 (três) dias úteis, com preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis antes da efetivação da dispensa a fim de se obter eventual propostas adicionais.

De se ponderar outrossim que, tanto a doutrina quanto a jurisprudência recomendam que nas compras deverão ser observadas as quantidades a serem adquiridas em função do consumo estimado.

“Atente para o fato de que, atingindo o limite legalmente fixado para dispensa de licitação, as demais contratações para serviços da mesma natureza deverão observar a obrigatoriedade da realização de certame licitatório, evitando a ocorrência de fracionamento de despesa.” Acórdão 73/2003 – Segunda Câmara

III – CONCLUSÃO

AO TEOR DO EXPOSTO e pelo que dos autos consta, esta Assessoria manifesta-se pela possibilidade jurídica da contratação, mediante dispensa de licitação, ressalvando que deverá ser precedida de publicação do ato de dispensa de licitação.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Aliança do Tocantins, 14 de fevereiro de 2023


Rogério Bezerra Lopes
OAB/TO 4193B