



PARECER JURÍDICO

Processo Administrativo n.º 130082101/2021-PMPE

Espécie: Dispensa de Licitação n. 7/2021 – 0084

Enquadramento legal: Art. 75, inciso II, Lei n. 14.133/21

Interessado: Secretaria Municipal de Cultura e Turismo – SECULT

Objeto: Contratação de empresa especializada para projeção, planejamento e execução dos serviços de paisagismo, incluindo fornecimento de mão de obra, ferramentas bem como o aluguel de uma fonte de água em fibra, potes de barro e das plantas naturais necessárias à realização do serviço.

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DOS ELEMENTOS FORMAIS IMPRESCINDÍVEIS À EDIÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DE RECONHECIMENTO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE PAISAGISMO. ARTS. 75, INCISO II E 72, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DA LEI Nº 14.133, DE 01 DE ABRIL DE 2021. ANÁLISE JURÍDICA PRÉVIA.

1 RELATÓRIO

Trata-se de requerimento oriundo da Secretaria Municipal de Cultura e Turismo, solicitando autorização para contratação de empresa especializada para projeção, planejamento e execução dos serviços de paisagismo, incluindo fornecimento de mão de obra, ferramentas bem como o aluguel de uma fonte de água em fibra, potes de barro e das plantas naturais necessárias à realização do serviço, durante a realização da XXIV Feira Intermunicipal de Educação, Cultura, Turismo e Negócios do Alto Oeste Potiguar – FINECAP, em licitação dispensável, nos termos do art. 75, inciso II, da Lei n. 14.133/21 (fl.01).

Ressalta-se que o entendimento a ser consolidado baseia-se em legislação e jurisprudência atuais, podendo ser revisto em caso de alteração substancial em seus fundamentos.

É o que importa relatar.



2 DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Inicialmente, cumpre esclarecer o alcance da análise jurídica a ser empreendida pela Procuradoria Municipal. Nesse sentido, cita-se recente julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a matéria, conforme destaque a seguir:

“Assessor Jurídico - Parecer técnico em processo licitatório. No processo licitatório, não compete à assessoria jurídica averiguar se está presente a causa de emergencialidade, mas apenas se há, nos autos, decreto que a reconheça. Sua função é zelar pela lisura sob o aspecto formal do processo, de maneira a atuar como verdadeiro fiscal de formalidades, somente. Assim, a assinatura do assessor jurídico na minuta do contrato serve de atestado do cumprimento de requisitos formais, e não materiais. (STF - 2ª Turma - HC 171576/RS - Rel. Min. Gilmar Mendes - Julgado em 17/9/2019 -Info. 952)”

Com efeito, à luz da solicitação da *Secretaria Municipal de Cultura e Turismo*, caberá a Procuradoria Municipal zelar pela lisura do procedimento sob o aspecto estritamente formal, não adentrando no mérito e ainda deixando de corroborar as especificações, justificativas ou motivações para a contratação pretendida pela Administração Pública.

A dispensa de licitação pública pressupõe invariavelmente a possibilidade de realizá-la, mesmo que isso impusesse sacrifício ao interesse público. Ela é, em última análise, o mecanismo de que se vale o legislador para salvaguardar o interesse público, sopesando os valores que o circundam, evitando que a realização de licitação pública erga barreiras à sua plena consecução.

As hipóteses de dispensa são taxativamente criadas pelo legislador, em obediência ao inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Os artigos 75 e 76 da Lei n. 14.133/2021 prescrevem as hipóteses de dispensa, que são taxativas. Quer dizer que os agentes administrativos não gozam de competência para criar hipóteses de dispensa de licitação, estando limitados às criadas pelo legislador.

De acordo com o critério legislativo, a licitação pública é obrigatória apenas para contratos acima de determinado patamar econômico, que justifique os gastos a serem efetuados com o respectivo procedimento. Abaixo desse patamar, o agente da Administração Pública está autorizado a contratar diretamente, por dispensa de licitação pública, com amparo nos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021.



O inciso I do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 reputa dispensável a licitação “para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;” O inciso II do mesmo artigo prescreve a dispensa para “para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;” O § 2º do artigo 74, menciona-se desde já, duplica os tais valores quando contratados por consórcio público, autarquia ou fundação qualificada como agência executiva.

O ponto jurídico mais relevante no que tange a essas hipóteses de dispensa fundadas no valor econômico dos futuros contratos reside na proibição de parcelamento de contrato para alcançar em cada parcela os valores autorizadores da dispensa, conforme deflui da redação do § 1º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 75 [...] § 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:
I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;
II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Ou seja, não é permitido fragmentar o objeto do contrato, para, em vez de firmar um só, firmar vários, visando esquivar-se da obrigatoriedade de licitação pública, já que, por hipótese, cada parte isoladamente não ultrapassaria o montante máximo previsto para a dispensa. De acordo com a redação do supracitado § 1º do artigo 75 deve-se tomar em conta tudo o que for gasto por cada unidade gestora no mesmo exercício financeiro em relação a objetos que tenham a mesma natureza, entendendo-se como tal objetos do mesmo ramo de atividade.

Para aplicar o § 1º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 é preciso compreender alguns termos. Primeiro o termo “unidade gestora”, não definido na Lei n. 14.133/2021, embora comumente utilizado para designar “Unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização” (<https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/unidade-gestora>). Esse sentido parece ser adequado à referência realizada pelo legislador. O outro termo é “exercício financeiro”, que diz respeito ao período entre 01 de janeiro a 31 de dezembro.



Por fim, também é de entender o que são objetos da “mesma natureza”. O legislador considerou que objetos da mesma natureza são os que pertencem ao “mesmo ramo de atividade”. Então, seguindo a jurisprudência já existente sobre o assunto, propõe-se que objetos da mesma natureza sejam compreendidos como aqueles que guardam semelhanças entre si e que visam aos mesmos propósitos. O conceito de objeto de mesma natureza é bastante subjetivo e incerto e não há, pelo menos para a doutrina, como fugir disso. A Administração, se quisesse, poderia produzir regulamento e elaborar listas indicando casuisticamente os objetos considerados da mesma natureza. A tal lista nunca seria exaustiva, mas poderia servir como norte.

Então, para aplicar os incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, as unidades gestoras devem somar os valores a serem despendidos com contratos que tenham objetos da mesma natureza, que são aqueles que têm identidade entre si e servem às mesmas finalidades, para todo o exercício financeiro, o que abrange o período de 01 de janeiro a 31 de dezembro. **A dispensa, portanto, é devida se o valor resultante da soma não ultrapassar os limites dos incisos I e II do artigo 75.**

Ademais, cumpre esclarecer que a contratação direta não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a administração pública, ou seja, não caracteriza poder discricionário puro ou livre atuação administrativa. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

Por isso, num primeiro momento, a Administração verificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Deverá diagnosticar o meio mais adequado para atender ao reclamo. Definirá um objeto a ser contratado, inclusive adotando providências acerca da elaboração de orçamentos, apuração da competitividade entre a contratação e as previsões orçamentárias.

Assim, mesmo diante de casos de contratação direta, como no caso vertente, a Administração não pode se furtar à regra estampada no art. 72 da Lei n.º 14.133/21, *verbis*:

“Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;



II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Desse modo, o primeiro passo da contratação direta é definir o seu objeto, o que precisamente atende a demanda da Administração Pública e as condições técnicas que sejam relevantes para sua execução, até para que se possa saber se é caso de inexigibilidade, de dispensa ou de licitação pública. A Administração Pública precisa saber o que pretende com o futuro contrato, o que o contratado será obrigado a realizar e em quais condições. Em razão da definição do objeto, praticamente de forma sequencial, a Administração Pública deve motivar a contratação direta.

Sendo assim, o inciso I do artigo 72 prescreve que o processo de contratação direta inicia com o "documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo". Tais documentos, em seu conjunto e de modo geral, prestam-se a definir o objeto e justificar a futura contratação, inclusive se é ou não caso de contratação direta.

No presente caso, por meio do memorando de 16 de agosto de 2021, oriundo da SECULT, acompanhado da autorização de abertura do certame subscrito pela Prefeita Municipal, bem como do termo de referência anexo aos autos, a Administração justificou e definiu o objeto da presente contratação (fls. 01/08).



O segundo passo para a Administração Pública é o de apontar a “estimativa de despesa” e demonstrar que dispõe de “recursos orçamentários” para a contratação, o que é exigido nos incisos II e IV do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021. Logo, deve-se proceder à pesquisa de preços, em conformidade com os parâmetros do artigo 23 da Lei n. 14.133/2021, cujo propósito é dispor de uma referência dos valores envolvidos na futura contratação, inclusive para que se tenha condições de selecionar o futuro contratado e aceitar o preço proposto por ele. De maneira geral, o artigo 23 prescreve que a pesquisa deve ser realizada apurando-se valores de outros contratos de outras entidades da Administração Pública e, no caso de obras e serviços de engenharia, com base em sistemas referenciais oficiais.

Em seguida, a Administração Pública deve escolher com quem contratar e em quais condições. O inciso V do artigo 72 da lei n. 14.133/2021 exige a “comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária”, o inciso VI do mesmo artigo a “razão da escolha do contratado”, e, em seguida, o inciso VII demanda a “justificativa de preço”. Então, depois de definir o objeto e as condições de execução do futuro contrato (inciso I do artigo 72), depois de definir o preço de referência (inciso II do artigo 72) e de realizar as previsões orçamentárias (inciso IV do artigo 72), a Administração Pública deve escolher com quem contratar e justificar a sua opção (inciso VI do artigo 72), o que passa pela apuração da proposta para si mais vantajosa (inciso VII do artigo 72) e pela investigação das qualificações do futuro contratado (inciso V do artigo 72).

In casu, a Secretária Municipal de Cultura justificou a contratação da empresa **FRANCISCO CLEANTO DE MORAIS** pelo fato de ter apresentado menor orçamento (R\$ 10.000,00), conforme informado nos autos. Saliente-se que constam três propostas de preço, com escopo de justificar o preço de mercado do serviço a ser contratado (fls. 10/13).

Por fim, convém destacar que se encontra presente a declaração de disponibilidade orçamentária, emitida pelo Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Econômico e ainda a declaração de adequação orçamentária emitida pela ordenadora de despesa, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal e Resolução TCE/RN n. 028/2020 (fls. 14/15).

Contudo, convém realçar que a empresa escolhida apresentou os documentos comprobatórios de sua regularidade fiscal e jurídica, com exceção da certidão de negativa de falência e/ou recuperação judicial, conforme exigido pela Lei de Licitações (fls. 20/26).



3 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, esta Procuradoria conclui que a contratação em epígrafe possui previsão legal no art. 24, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, pelos dados fornecidos pelos técnicos da administração, pelo que opinamos pela **possibilidade jurídica** da contratação, desde que observadas as recomendações exaradas neste opinativo, em especial que seja acostada aos autos a certidão negativa de falência e/ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor do domicílio da pessoa jurídica, conforme prescrito na Lei Geral de Licitações e Contratos.

Recomenda-se a juntada posterior de nota de empenho da despesa, em substituição ao instrumento de contrato, nos termos do art. 95, I, da Nova Lei de Licitações.

Por oportuno, acrescento que a motivação, justificativas e demais dados técnicos são de inteira responsabilidade dos Gestores.

Sendo este o Parecer, o que se faz de forma meramente opinativa, não possuindo, portanto, caráter vinculativo, cabendo a decisão final à autoridade competente.

Pau dos Ferros/RN, 30 de agosto de 2021.

JOSÉ DIÓGENES MAIA NETO
Procurador Municipal
OAB/RN 19060B