PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Proposta de ajuste direto com fundamento na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 75, inciso II, Lei nº 14.133/2021. Contratação de serviço de hotelaria - categoria 4 estrelas, com fornecimento de alimentação, para atender necessidades de hospedagem de autoridades, servidores, instrutores, e demais convidados do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins em visitas institucionais. Análise Jurídica.

I - RELATÓRIO

1. Aportou nesta **ASSJ** os autos do processo SEI nº. 23.004448-4, o qual tem como objeto contratação de serviço de hotelaria - categoria 4 estrelas, com fornecimento de alimentação, para atender necessidades de hospedagem de autoridades, servidores, instrutores, e demais convidados do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins em visitas institucionais.

2. Os autos vieram instruídos com a documentação, em especial:

a) Documento de Formalização de Demanda (Doc. Sei nº. 0627980);

b) Termo de Referência nº 274/2023 (Docs. Sei nº. 0627981);

c) Termo nº. 03/2024 - Termo de Ciência e Concordância de Indicação para Gestor ou Fiscal de Contrato (Doc. Sei nº. 0661269);

d) Projeto Comemoração dos 35 anos do TCE/TO (Doc. Sei nº. 0661292);

e) Orçamento (pesquisa/parâmetro de preço) (Docs. Sei nº.0661801);

f) Análise Preliminar da **DIGAF** com apontamentos para serem sanados (Doc. Sei nº. 0662493);

g) Despacho nº. 983/2024 da **DIGAF** com apontamentos para serem sanados (Doc. Sei nº. 0662551);

h) Documento de Formalização de Demanda (Doc. Sei nº. 0663675);

i) Termo de Referência nº 18/2023 (Docs. Sei nº. 0662637);

j) Termo nº. 14/2024 - Termo de Ciência e Concordância de Indicação para Gestor ou Fiscal de Contrato (Doc. Sei nº. 0663712);

k) Análise Preliminar da **DIGAF** opinando pelo prosseguimento (Doc. Sei nº. 0663877);

l) Despacho nº. 1510/2024 da **DIGAF** pelo prosseguimento (Doc. Sei nº. 0663900);

m) Despacho nº. 39774/2023 do **GABPR** autorizando o prosseguimento (Doc. Sei nº. 0657351);

n) Pesquisa de preços/ Propostas de empresas do ramo (Docs. Sei nº. 0661801, 0665750, 0665766, 0665766);

o) Planilha - COADM (Docs. Sei nº. 0665802);

p) Justificativa do preço e razão da escolha (Doc. Sei nº. 0665804);

q) Documentação atinente à habilitação jurídica da empresa detentora do menor preço -

JC EMPREENDIMENTOS LTDA (Docs. Sei nº. 0665795, 0665793, 0666294, 0665796, 0665797, 0665799);

r) Certidão Negativa de licitantes Inidôneos – TCE e CEIS/CNEP (Doc. Sei nº. 0667543 e 0667879);

s) Certidões de regularidade fiscal e trabalhista (Docs. Sei nº. 0665812, 0665813, 0665814, 0665815, 0665816);

t) Despacho nº. 2380/2024 da DIOAF informando que há disponibilidade orçamentária e financeira na ação 01.122.1171.2208 - Coordenação e manutenção dos serviços gerais administrativos, natureza 33.90.39, subitem: 41 (refeição) e 80 (hospedagem), para atendimento da presente demanda (Doc. Sei nº. 0666775);

u) Autorização nº 11/2024 emitida pela Coordenadoria de Finanças contendo detalhamento da dotação orçamentária (Doc. Sei nº. 0666984);

v) Detalhamento de Dotação - 2024DD00039 (Doc. Sei nº. 0667019);

w) Relatório DESPLICIT (Doc. Sei nº. 0667126);

x) Despacho COOFI nº. 2483/2024 (Doc. Sei nº. 0667127);

y) Minuta da Portaria de Dispensa (Doc. Sei nº. 0667533);

z) Minuta de Contrato (Doc. Sei nº 0667535).

3. Ressalta-se que para fins de análise dos custos da contratação pretendida, tendo como base os valores praticados pelo mercado, registra-se que houve uma pesquisa de preços ensejando a elaboração da Planilha **COADM (0665802)**. Nesta planilha restou demonstrado que o menor preço foi ofertado pela empresa JC EMPREENDIMENTOS LTDA, com o valor total de R$ 30.188,00 (trinta mil e cento e oitenta e oito reais), considerando as especificações constantes Termo de Referência nº 18/2024 (0662637).

4. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

5. De início, deve-se salientar que a presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir o Gestor máximo do Órgão no controle prévio de legalidade, conforme estabelece o artigo 53, I e II, da Lei nº 14.133, de 2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC):

> *Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.*
> *§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:*
> *I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;*
> *II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;*

6. Como se pode observar do dispositivo legal supra, o controle prévio de legalidade se dá em função do exercício da competência da análise jurídica da futura contratação, não abrangendo, portanto, os demais aspectos envolvidos, como os de natureza técnica, mercadológica ou de conveniência e oportunidade. Em relação a esses, eventuais apontamentos decorrem da ligação estreita com questões jurídicas, na forma do Enunciado BPC nº 07, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia-Geral da União:

> *Enunciado BPC nº 7*
>
> *A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.*

7. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelas Unidades Técnicas, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público. O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária deste Tribunal de Contas, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

8. De outro lado, cabe esclarecer que não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos, nem de atos já praticados. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências.

9. Inclusive, entendimento do Tribunal de Contas da União afirma que não é da competência do parecerista jurídico a avaliação de aspectos técnicos da licitação. Acórdão 1492/2021 – TCU PLENÁRIO.[1]

10. Finalmente, deve-se salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade podem ser apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

11. Nos termos da Constituição Federal, art. 37, XXI, a contratação de obras, serviços, as compras e alienações realizadas pela Administração Pública deverão, em regra, ocorrer por meio de licitação pública. Assim dispõe o referido dispositivo:

> *"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*
>
> *XXI – 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."*

12. Nessa linha, a licitação pública é processo seletivo, mediante o qual a Administração Pública oferece igualdade de oportunidade a todos os que com ela queiram contratar, preservando a equidade no trato do interesse público, tudo a fim de cotejar propostas para escolher uma ou algumas delas que lhe sejam a mais vantajosa. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a própria consecução do interesse público. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício do interesse público e não asseguraria a contratação mais vantajosa.

13. Um dos pressupostos da licitação é o tratamento isonômico, que deve ser assegurado pelo Estado, a todos os interessados que atuam no mercado e atendam as condições exigidas para a contratação. Entretanto, como exposto acima, existem situações em que o interesse público – pautado em razões de ordem técnica e/ou jurídica – demanda para a Administração, conforme previsão legal, uma contratação direta. Esta forma de contratação poderia representar violação ao princípio da isonomia, mas o interesse público justifica o tratamento diferenciado dado pelo legislador nesses casos, inclusive, com respaldo no acima citado dispositivo constitucional.

14. Portanto, para assegurar o interesse público existem situações mencionadas em lei, e de caráter excepcional, em que se admite a contratação sem licitação, a nominada contratação direta. Essa forma direta de contratação não significa inaplicação dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa, pois o administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais.

15. Assim, a contratação direta se submete a um procedimento administrativo, ou seja, a ausência de licitação não equivale à contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem a devida instrução e motivação que demonstrem a sua legalidade. Nas etapas internas iniciais, a atividade administrativa será idêntica, seja ou não a futura contratação antecedida de licitação. Não é raro que esse procedimento prévio à contratação se exteriorize como uma concorrência simplificada.

16. A dispensa de licitação nada mais é do que uma contratação direta pela Administração Pública e se configura nas hipóteses em que a licitação é possível, há viabilidade de competição, mas realizá-la importaria em sacrifício ou prejuízo desmedido ao interesse público. Portanto, visando o legislador resguardar o interesse público, permitiu à Administração Pública a dispensa de licitação nas hipóteses previstas em lei. Assim, o agente administrativo poderá dispensar a licitação e realizar a contratação direta nos casos expressamente autorizados por lei.

17. Dentre as possibilidades de dispensa de licitação, o legislador tornou dispensável a realização de licitação para as compras/serviços nos casos em que o valor seja inferior a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesses termos estabelece o inciso II do artigo 75, do referido diploma legal, *in verbis*:

> ***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;*

18. Valioso registrar que o **valor mencionado acima foi atualizado com a edição do Decreto nº 11.871, de 29 de dezembro de 2023, passando, no caso do inciso II do art. 75, a importância de R$ 59.906,02 (cinquenta e nove mil novecentos e seis reais e dois centavos)**.

19. Não obstante, de todo modo, o **valor da contratação pretendida não supera o limite consignado no art. 75, inciso II da Lei n° 14133/2021** é dispensável o processo licitatório, e, assim sendo, o Gestor poderá optar entre realizar ou não licitação.

20. Conquanto, na hipótese de uma contratação direta por dispensa de licitação com espeque no art. 75, inciso II da NLLC, não se pode olvidar da necessidade de se instruir o processo da contratação com os documentos reclamados no art. 72 da Lei nº 14.133/2021, quais sejam:

> *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.*

21. Por seu turno, a Resolução Administrativa-TCE/TO nº 7, de 29 de março de 2023, prevê em art. 33 que as contratações deste Tribunal de Contas se submetem à realização da fase preparatória, incluindo, para tanto, a elaboração de artefatos de planejamento. No entanto, no caso de contratação direta por dispensa de licitação em razão do valor, como é o presente caso, são facultados e ou dispensados o ETP – Estudo Técnico Preliminar, Mapa de Gerenciamento de Riscos, e, por razões óbvias, a elaboração de anteprojeto e projeto executivo, além da minuta de ato convocatório. *In casu*, optou-se pela **não** apresentação do ETP e mapa de gerenciamento de riscos.

22. Pois bem, os atos em que se verifique a dispensa de licitações são atos que fogem ao princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação, consagrando-se como exceções a este princípio. Assim, este tipo de ato trata-se de ato discricionário, mas devido a sua importância e necessidade extrema de idoneidade, se submete a necessidade de uma perfeita instrução processual que ateste o ato de dispensa.

Nesse sentido, foram apresentados a documentação reclamada nos dispositivos precitados.

23. Quanto à estimativa de despesa verifica-se que esta foi obtida por meio de pesquisa de preços com empresas do ramo do objeto (Docs. Sei nº. 0661801, 0665750, 0665766, 0665766), sendo obtido apenas uma proposta válida e compatível com o objeto especificado no Termo de Referência, conforme justificado na Planilha **COADM - 0665802.**

24. Com relação ao documento de formalização de demanda este encontram-se acostados aos autos (0663675), bem como os Termos de Referência nºs 274/2023, 18/2024 (0627981 e 0662637), informação quanto à disponibilidade orçamentária (0666984 e 0667019) e justificativa de preço e razão da escolha do prestador de serviços, em atendimento aos incisos VI e VII do art. 72 da NLLC.

25. Ainda com relação a instrução processual, observa-se que foi providenciada a juntada aos autos, previamente à assinatura do contrato ou à emissão da Nota de Empenho, dos comprovantes de consultas realizadas perante o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), além da certidão negativa de inidoneidade, tudo em cumprimento à regra estampada no § 4º do art. 89 da RA nº 7/2021.

26. Superada a instrução processual, inobstante o fato de a presente contratação estar dentro dos limites estabelecidos no art. 75, II da Lei nº 14.133/2021, o que justificaria, *per si*, a contratação direta, é imprescindível notar se, no caso presente, haveria uma eventual fragmentação de despesa, o que ensejaria afronta a Lei de Licitações.

27. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência recomendam que o Administrador deve planejar suas despesas dentro do exercício financeiro. Portanto, deve haver um planejamento para a realização das contratações, sejam de bens ou serviços, 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 - "Licitações e Contratos – Orientações do TCU", 4ª ed., 2010, p. 105, versão digital in http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2057620.PDF).

28. A Constituição Federal de 1988 determina a observância do princípio da anualidade do orçamento no art. 165, §5º, II. Paralelamente, a Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar 101/2000, em seu art. 16, §1º, inciso I, considera adequada a despesa que, somadas todas as de mesma espécie, realizadas e a realizar, não ultrapasse os limites estabelecidos para o exercício. Conclui-se, destarte, que o lapso temporal a ser observado para caracterização ou não do fracionamento indevido de despesas é o do exercício financeiro, que corresponde ao ano civil. (*Leonardo Baes L. de Souza, in https://jus.com.br/artigos/41108/caracterizacao-do-fracionamento-ilegal-de-despesas-sob-a-otica-do-tribunal-de-contas-da-uniao/2*)

29. No caso presente, foi exibido o documento intitulado Relatório Desplicit (0667126), porém não se visualizou nenhuma despesas da mesma natureza, isto é, sobre contratação de serviço de hotelaria - categoria 4 estrelas. Neste sentido, se considerarmos que essa informação traduz exatamente a realidade orçamentária no que concerne à natureza de despesa, não há de se falar em fracionamento de despesas.

30. No que se refere a minuta do instrumento contratual (0667535) exibida nos autos, percebe-se que esta foi elaborada em atendimento aos preceitos legais, especialmente no que tange a nova lei de licitações e contratos administrativos.

III - CONCLUSÃO

31. Ante o exposto, manifestamos pelo **prosseguimento do feito**, com enquadramento na dispensa de licitação, alicerçado no artigo 75, inciso II, da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

32. Por fim, alerta-se para que sejam realizadas as publicações de praxe, especialmente em atendimento o §3º do art. 89 (RA nº 7/2023), bem como que os autos sejam remetidos ao Núcleo de Controle Interno deste Órgão, consoante prevê o inciso X do art. 33 da RA nº 7 de 2023.

33. Encaminhe-se os autos à consideração superior.

34. É o parecer, s.m.j.

[1] Acórdão 1492/2021 Plenário (Auditoria, Relator Ministro Bruno Dantas)

Licitação. Parecer jurídico. Conteúdo. Competência. Contratação integrada. Fundamentação técnica.

Não é da competência do parecerista jurídico a avaliação de aspectos técnicos para adoção do regime de contratação integrada.

Documento assinado eletronicamente por **LUCIA SOARES BRANDÃO**, **CONSULTOR JURÍDICO**, em 09/02/2024, às 18:31, conforme art. 4º da Resolução Administrativa TCE/TO nº 001, de 15 de outubro de 2014.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.tceto.tc.br/sei/processos/verifica.php informando o código verificador **0673178** e o código CRC **1D3F7F3E**.