



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS
Av. Joaquim Teotônio Segurado, 102 Norte, Cj. 01, Lts 01 e 02 - CEP 77006-002 - Palmas - TO - www.tceto.tc.br

PARECER JURÍDICO

EMENTA: Direito Administrativo. Licitações e Contratos. Proposta de ajuste direto com fundamento na hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24, inciso II, Lei Federal nº 8.666/1993. Contratação de empresa para o fornecimento e instalação de revestimento acústico em estúdio de áudio e vídeo. Análise Jurídica.

I - RELATÓRIO

1. Retornam a esta Assessoria Jurídica da **DIGAF** os autos do processo SEI nº (22.002134-1), o qual tem como objeto a “contratação de empresa para o fornecimento e instalação de revestimento acústico em estúdio de áudio e vídeo”.
2. Registra-se que houve a realização do Pregão Eletrônico nº 30/2022, o qual restou fracassado por não haver propostas dentro do valor estimado, conforme o Aviso nº 75 publicado no Boletim Oficial (nº 3143) deste Tribunal de Contas do Estado (0537477).
3. Diante disso, por meio do Despacho nº 31501/2022 (0537478) a **COLCC** informou que “a licitação, modalidade pregão eletrônico, aconteceu no dia 1º/12/2022, contudo resultou fracassada, visto que as empresas que apresentaram proposta, não aceitaram negociar os valores de modo a compatibilizar com o valor estimado pelo TCE-TO, sendo este o valor máximo aceitável”. Em seguida, fez remessa dos autos a unidade requisitante para ciência da frustração do certame, e providências caso considerasse necessária a aquisição e a realização de nova cotação de preços para subsidiar a execução de novo procedimento licitatório.
4. Por conseguinte, à **ASCOM** por intermédio do Despacho nº 31848/2022 (0538689) solicitou a realização de nova cotação de preços. Compulsando os autos, verifica-se que a **COADM** visando prosseguir com o levantamento de preços de forma clara e objetiva, solicitou a viabilidade da elaboração de um novo Termo de Referência contendo informações detalhadas, além das correções que entendessem pertinentes para proceder com a correta cotação.
5. Dessa forma, foram elaborados pela **ASCOM** o Estudo Técnico Preliminar (0540193) e o Termo de Referência nº 309/2022 (0540195), ambos submetidos ao crivo da **DIGCIN**, que nessa oportunidade sugeriu por meio do Despacho nº 32751/2022 (0541484) a possibilidade de avaliação por profissional com capacidade técnica em engenharia, visando verificar se a especificação dos materiais e a instalação do objeto pretendido atendem às normas correlatas, e, portanto, se necessário adotar providências que antecedessem a presente contratação.
6. Em seguida, a **DIGAF** apresentou a Justificativa (0542197) em que assegurou tecnicamente que o objeto pretendido e descrito no TR atende às legislações constantes no Despacho nº 32751/2022 (0541484). Posto isto, a **DIGCIN** analisou o Termo de Referência nº 309/2022, fazendo alguns apontamentos nessa oportunidade na Análise Técnica nº 194/2022 (0542347), o que culminou na elaboração do novo Termo de referência nº 01/2023 (0544029), sendo este analisado em nova verificação empreendida pela **DIGCIN** que constatou o atendimento das recomendações feitas anteriormente, considerando o processo “apto para prosseguimento”.
7. Logo após, foi autorizado o prosseguimento do feito pelo Gestor, à época, mediante o Despacho nº 801/2023 (0545550). 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** (0552389). Nesta planilha restou demonstrado que o menor preço foi da empresa **ILTON BRITO DOS SANTOS - ME**, nome fantasia “**CONSTRUCENTER**”, perfazendo um total de R\$ 17.540,43 (dezesete mil quinhentos e quarenta reais e quarenta e três centavos).
8. Subsequentemente, os autos do processo foram remetidos à unidade requisitante para verificação da nova

pesquisa de preços e avaliação quanto ao atendimento dos serviços constantes nas propostas em colação ao objeto da contratação pretendida. Em seguida, a **ASCOM** por meio do Despacho nº 3209/2023 (0552518) informou “que as cotações atendem ao solicitado no Termo de Referência”, e providenciou a Justificativa (0552519) quanto o preço e a razão da escolha da empresa *Ilton Brito Dos Santos - ME*, para futura contratação.

9. Desse forma, a **COOFI** emitiu a Autorização nº 22/2023 (0552578) contendo os dados orçamentários para a despesa com a contratação e juntou aos autos o Relatório DESPLICIT (0552578).

10. Em síntese, após a realização da nova pesquisa de preços, foi constatada a possibilidade da contratação direta por meio de dispensa de licitação, tendo a **COLCC** acostado aos autos a minuta da Portaria de Dispensa de Licitação e a minuta do Termo de Contrato (0552762).

11. Assim sendo, os autos do processo foram encaminhados a esta **ASSJ** pela **COLCC** por intermédio do Despacho nº 3375/2023 (0553034), para análise e emissão de parecer jurídico quanto a contratação pretendida.

12. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

13. Inicialmente, deve-se salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam até a presente data nos autos do processo administrativo em epígrafe, limitando-se ao exame dos aspectos jurídico-legais da minuta do instrumento contratual (0552762) em questão, não cabendo a esta Assessoria Jurídica, portanto, opinar sobre questões de mérito decorrentes do poder discricionário, atribuição esta conferida à autoridade competente, na prática dos atos da Administração Pública, na consecução do interesse público. Assim, a **ASSJ** não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos administrativos ou de conveniência ou oportunidade.

14. 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”.

15. Nessa linha de raciocínio, 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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.

19. 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.

20. Dentre as possibilidades de dispensa de licitação, o legislador tornou dispensável a realização de licitação para as compras nos casos em que o valor não ultrapasse a 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a” do inciso II do artigo 23 da Lei Federal nº 8.666/93. Nesses termos estabelece o inciso II do artigo 24, do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

*II - para outros **serviços e compras** de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; [grifei]*

21. Não obstante, de todo modo, por tratar-se de compra cujo valor não supera o limite consignado no art. 24, inciso II da Lei Federal nº 8.666/93 é dispensável o processo licitatório, e, assim sendo, o gestor poderá optar entre realizar ou não licitação.

22. Conquanto, na hipótese de uma contratação direta por dispensa de licitação com espeque no art. 24, inciso II do estatuto licitatório, não se pode olvidar da necessidade de exibição de justificativa da razão da escolha do fornecedor e do preço.

23. Diz o art. 26 da Lei Federal nº 8.666/93, em seu parágrafo único:

“Parágrafo único – O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço;

IV – documentos de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.” [grifei]

24. Os atos em que se verifiquem as dispensas 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 que devido a sua importância e necessidade extrema de idoneidade, se submete ao crivo de devida justificativa que ateste o referido ato. Nesse particular, em homenagem ao princípio da motivação é preciso que fique demonstrado a **razão da escolha** e a **justificativa do preço** do objeto pretendido.

25. sobre o tema já pronunciou o Tribunal de Contas da União – TCU no sentido de que constitui irregularidade na contratação por dispensa de licitação sem a indicação da razão da escolha do contratado (executante ou fornecedor) e a justificativa de preço, senão vejamos:

(...)

a) “9.6.1. ausência de justificativa sobre a escolha do fornecedor e o preço pactuado, nos casos de contratação por dispensa de licitação, em afronta ao parágrafo único do art. 26 da mesma Lei”; (TCU, Acórdão nº 249/2015, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, veiculado na Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 255, p. 517, mai. 2015, seção Tribunais de Contas).

26. A Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC trouxe em uma das suas edições, a respeito da dispensa em função do valor, a demonstração da razão da escolha do fornecedor executante e a justificativa de preço a seguinte assertiva: *“Em um Estado Democrático de Direito, não se admite que a Administração Pública não explicita as razões pelas quais está contratando determinado particular em detrimento de*

outros. Ou seja, em consonância ao Princípio da Motivação, 'a Administração deve justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada'. Diante do exposto, entende-se que, em todas as contratações diretas sem licitação, inclusive naquelas decorrentes de dispensa de licitação pelo valor, deve existir processo administrativo em que fique demonstrada a **razão da escolha do contratado e a justificativa do preço do objeto**"

27. Ademais, inobstante o fato de a presente contratação estar dentro dos limites estabelecidos no art. 24, II da Lei Federal nº 8.666/93, o que justifica a contratação direta, é imprescindível observar se, no caso presente, haveria uma eventual fragmentação de despesa, o que ensejaria afronta a Lei de Licitações.

28. 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>).

29. 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>).

30. Sobre a questão do fracionamento de despesas é preciso ficar claro que esta se configura quando ocorre a divisão de uma despesa para, desse modo, utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela legislação para o total da despesa ou para efetuar a contratação direta por dispensa pelo pequeno valor. Nesta vereda, no caso presente, não há de se falar em fracionamento de despesas, considerando o Relatório DESPLICIT (0552610) acostados aos autos pela **COOFI**, onde restou demonstrado que no exercício de 2023 não houve contratação de objeto da mesma natureza, isto é, com a mesma finalidade, homogeneidade e similaridade.

31. Valioso registrar que, foi acostado aos autos pesquisa de preços realizada pela **COADM**, por intermédio de cotações diretas a 04 (quatro) empresas do ramo do objeto, além de consultas de preços públicos por meio da plataforma digital "Banco de Preços" que acessa o banco de dados do *site* de compras governamentais da esfera federal (*ComprasNet*), resultando na elaboração do documento SEI nº (0552389).

32. No que concerne a razão da escolha acreditamos que essa ocorreu pelo fato da empresa que apresentou a proposta mais vantajosa para o TCE-TO, ser do ramo pertinente ao objeto do Termo de Referência, e de ter se prontificado a apresentar documentação de habilitação jurídica, as certidões de regularidade fiscal e trabalhista, além do atestado de capacidade técnica.

33. Outrossim, é importante assinalar que a unidade requisitante elaborou a Justificativa Doc. SEI (0552519), onde afirmou "que restou evidenciado, em tal documento, que o menor preço ofertado foi exatamente da empresa citada acima, comprovando, desse modo, que o preço é condizente com aqueles praticados pelo mercado. No que diz respeito à razão da escolha da empresa, esta ocorreu não somente em razão do preço, mas também pelo fato da empresa cumprir os requisitos exigidos no Termo de Referência nº 01/2023 (0544029)".

34. Concernente à instrução processual apresentaremos abaixo algumas considerações:

Estudo Técnico Preliminar - 0540193

a) A fundamentação do item **1.1.** está equivocada, considerando que o Anexo III da IN nº 05/2017 foi revogado;

b) Com relação ao **item 10.** observa-se que define que a autoridade máxima aprovaria e assinaria o ETP. No entanto, a praxe adotada por este Tribunal de Contas não requer assinatura do Gestor Máximo do

35. No que se refere a minuta de contrato exibida nos autos, percebe-se que esta foi elaborada em atendimento aos preceitos legais, especialmente no que tange a lei de licitações e contratos administrativos. Não obstante, esta assessoria jurídica visando melhor atender ao regime jurídico do estatuto licitatório sugere as seguintes adequações:

a) A respeito da Cláusula Oitava – Das Obrigações da Contratada, especificamente **ossubitens 8.1.1. e 8.1.2.:**

“**8.1.1.** Responsabilizar-se pelos danos causados direta ou indiretamente ao Tribunal de Contas ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo, quando da execução do objeto desta licitação...”

“**8.1.2.** Arcar com todas as despesas decorrentes da contratação do objeto desta licitação...”. Com relação aos subitens citados acima, recomendamos que a expressão “desta licitação” seja substituída por “deste contrato”, tendo em vista que a modalidade definida para a contratação pretendida foi a contratação direta por meio de dispensa de licitação.

III - CONCLUSÃO

36. Ante o exposto, manifestamos pelo **prosseguimento do feito**, com enquadramento na dispensa de licitação, alicerçado no artigo 24, inciso II, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, observada a necessidade de verificação se já não houve, no exercício vigente, aquisição de objeto da mesma natureza, por intermédio de contratação direta por dispensa de licitação, bem como sejam observadas as recomendações dos **itens 34, e 35** desta peça opinativa.

37. Por fim, alerta-se para que sejam realizadas as publicações de praxe, quais sejam, portaria de dispensa e extrato resumido do contrato, conforme dispõe o parágrafo único do art. 61 da Lei Federal nº 8.666/93.

38. Encaminhe-se os autos à consideração superior.

39. É o parecer, s.m.j.



Documento assinado eletronicamente por **AMANDA BRITO CARDOSO**, **ASSESSOR III**, em 15/02/2023, às 09:33, 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 **0555182** e o código CRC **8A2ADD2D**.