



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. 75, inciso II, Lei nº 14.133/2021. Contratação de restaurante para fornecimento de almoço e jantar. Análise Jurídica.

I - RELATÓRIO

1. Aportou nesta **ASSJ** os autos do processo SEI nº 23.003383-0, o qual tem como objeto a contratação de restaurante com funcionamento diário em horários diurno e noturno, localizado na cidade de Palmas/TO, para fornecimento de almoço ou jantar, tipo *À la carte*, visando atender as necessidades deste Tribunal de Contas.

2. 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** 0607817. Nesta planilha restou demonstrado que o menor preço para o item único foi da empresa JC Empreendimentos Ltda., com o valor de R\$ 19.485,00 (dezenove mil quatrocentos e oitenta e cinco reais), considerando as especificações constantes do quadro do item 3 do Termo de Referência nº 206/2023 (0608521).

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

- a) Documento de Formalização de Demanda (0607574);
- b) Termos de Referência nº 200/2023 e 206/2023 (0607582 e 0608521);
- c) Análise Preliminar da **DIGAF** (0607569);
- d) Aprovação dos artefatos de planejamento pela **DIGAF** (0607570);
- e) Proposta do menor preço (0607569);
- f) Planilha **COADM** (0607817);
- g) Autorização do Gestor deste Tribunal quanto ao prosseguimento do feito (0607630);
- h) Autorização nº 154/2023 emitida pela Coordenadoria de Finanças contendo detalhamento da dotação orçamentária (0608229);
- i) Detalhamento de Dotação nº 2023DD00687 (0608111);
- j) Documentação atinente à habilitação jurídica da empresa detentora do menor preço (0607829, 0607830, 0607831 e 0607832);
- k) Justificativa de preço e razão de escolha do fornecedor (0607818);
- l) Certidão Negativa de licitantes Inidôneos (0608487);
- m) Certidão CEIS/CNEP (0608480);
- n) Certidões de regularidade fiscal, social e trabalhista (0607820, 0607821, 0607823, 0607828, 0607824 e 0607838).

4. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

5. Inicialmente 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 Federal nº 11.317, de 29 de dezembro de 2022, passando, no caso do inciso II do art. 75, a R\$ 57.208,33 (cinquenta e sete mil duzentos e oito reais e trinta e três centavos).

19. Não obstante, de todo modo, por tratar-se de serviços cujo valor não supera o limite consignado no art. 75, inciso II da Lei nº 8.666/93 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*, em que pese essa faculdade, optou-se pela apresentação do ETP (0607206) e do mapa de gerenciamento de riscos (0607126).

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 a 2 (duas) empresas do ramo do objeto, além de 3 (três) preços públicos (0607392, 0607816 e **0607813**), onde restou apurada a média de preços, ensejando, por conseguinte, na elaboração da Planilha COADM 0607817.

24. sobre o tema é valioso trazer à lume as regras da Resolução Administrativa – TCE/TO nº 7, de 29 de março de 2023, vejamos:

*Art. 49. A composição da cesta aceitável de preços depende da obtenção de, **no mínimo, 3 (três) amostras de preços por item.***

§ 1º Sem prejuízo da utilização de outros sistemas de auxílio à pesquisa de preços ou de catalogação de bases de dados de natureza pública ou privada, constituem fontes de consulta:

I – públicas

(...)

c) contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante Sistema de Registro de Preços, observado o índice de atualização de preços Correspondente;

II – privadas

(...)

*c) **pesquisa direta com potenciais fornecedores de produtos ou serviços**, inclusive mediante orçamentos coletados por servidores do TCE/TO nos estabelecimentos, desde que não tenham sido obtidos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;*

Art. 52. A utilização de menos de 3 (três) amostras de preços, ou a falta de uma fonte pública, poderá ser admitida mediante justificativa a ser elaborada pela COADM, considerando as circunstâncias mercadológicas e apontando fundamentos adequados tendentes a fundamentar os fatores determinantes para a não obtenção do número mínimo requerido.

[sem grifos no original]

25. Conclui-se, portanto, que restou cumprido o inciso II do art. 72 da Lei 14.133/2021 e o regramento da

RA nº 7/2021 retromencionada.

26. Com relação ao documento de formalização de demanda este encontra-se acostado aos autos (0607574), bem como o Termo de Referência nº 206/2023 (0608521) e a informação quanto à disponibilidade orçamentária (0608229 e 0608111). Acresça-se, ainda, que foi providenciada a juntada da justificativa de preço e razão da escolha do prestador de serviços em atendimento aos incisos VI e VII do art. 72 citado alhures.

27. 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.

28. No tocante a comprovação de que a futura contratada preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária, observa-se que há nos autos atestado de capacidade técnica (0608479), além de todos os documentos exigidos no item 11 do Termo de Referência nº 206/2023 (0608521) relativamente à habilitação jurídica, fiscal, social e trabalhista. Não se pode olvidar, porém, que a futura empresa contratada se obriga a manter, junto aos órgãos competentes, a regularidade do alvará sanitário e licença para localização e funcionamento.

29. 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.

30. 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>).

31. 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>*)

32. No caso presente, foi apresentada a informação – Doc. Sei nº 0608175, onde consta contratação de objeto dentro do subelemento nº 41 - Fornecimento de Alimentação (despesas com aquisição de refeições preparadas, inclusive *buffet's*, lanches e similares). Com efeito, em uma análise mais precipitada, poder-se-ia imaginar que, talvez, pudesse haver um fracionamento de despesas. Entretanto, aprofundando o exame do caso concreto, tem-se que a RA nº 7/2023, precisamente em artigo 92, recepcionou as regras da Instrução Normativa SEGES/ME nº 67, de 8 de julho de 2021, no que for compatível. Tal norma estabeleceu, para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do *caput* do art. 75 da NLLC – Nova Lei de Licitações e Contratos administrativos, o somatório das despesas realizadas, dentro do exercício financeiro pela respectiva unidade gestora, **com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade, considerando ramo de atividade como sendo a linha de fornecimento registrada pelo fornecedor quando do seu cadastramento no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF).**

33. Diante da informação acima, é crível dizer que não há de se falar em fracionamento de despesas no caso em análise, vez que os serviços empenhados e pagos à empresa Alline Buffet Ltda, que constam no Relatório DESPLICT (0608175) trata-se de serviços distintos daquele que se pretende contratar nos presentes autos, considerando que naquele caso o ramo de atividade é *buffet* – 56.20-1-02 - Serviços de

alimentação para eventos e recepções-bufê –, como se vê na descrição do CNPJ daquela empresa (0598839). Lado outro, almeja-se com a futura contratação os serviços descritos no CNAE 56.11-2-01 – Restaurante e similares. Anota-se, por oportuno, que consultando o SICAF da empresa JC Empreendimentos Ltda. vê-se que as atividades cadastradas são exatamente as mesmas do CNPJ. Ademais, há se registrar que a Unidade Técnica/Demandante apresentou justificativa (0608449) elucidando que, de fato, não existirá fracionamento de despesas, com o advento da contratação dos serviços de restaurante.

34. No que se refere a minuta do instrumento contratual (0608491) exibida nos autos, percebe-se que esta foi elaborada em atendimento aos preceitos legais, não havendo, pois, nenhuma adequação a ser proposta.

III - CONCLUSÃO

35. 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.

36. 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.

37. Encaminhe-se os autos à consideração superior.

38. **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 **ALESSANDRO ALBERTO DE CASTRO**, **ASSESSOR IV**, em 16/08/2023, às 09:40, 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 **0609484** e o código CRC **5E306E88**.
