

PARECER JURÍDICO

Solicitante: Consórcio Intermunicipal de Saúde dos Municípios da Região dos Lagos do Sul de Minas

Assunto: Solicitação de Parecer Técnico para dispensa, registro de preço, para contratação de empresa especializada em prestação de serviços de limpeza, compreendendo os serviços de limpeza, asseio e conservação predial, visando atender as necessidades do Cislagos.

1. RELATÓRIO

O presente parecer jurídico trata-se da análise acerca de procedimento administrativo, cuja finalidade é a realização de Dispensa, registro de preço, para contratação de empresa especializada em prestação de serviços de limpeza, compreendendo os serviços de limpeza, asseio e conservação predial, visando atender as necessidades do CISLAGOS, por meio do processo de contratação direta, tendo em vista a dispensa do processo licitatório, fundamentado nos artigos 72 e 75, inciso II, da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/21).

Ressalta-se que o exame da matéria posta em debate se restringirá aos aspectos exclusivamente jurídicos, alusivos aos requisitos legais exigidos à hipótese de dispensa de licitação *sub exame*, excluídos da análise qualquer questão técnica ou econômica, notadamente quanto à conveniência e oportunidade do gestor, a quem compete se municiar de todas as cautelas para sua escolha.

Este é o breve relatório. Passa-se à análise jurídica.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1. APONTAMENTOS INICIAIS:

Inicialmente, cumpre salientar que a licitação é um princípio constitucional, nos precisos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

Art. 37 (...) 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.

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu a exigência de prévia licitação como requisito essencial para as contratações a serem realizadas pelo Poder Público. Contudo, o próprio texto constitucional ressalvou ao legislador infraconstitucional as hipóteses excepcionais, nas quais não se exigiria a contratação precedida de licitação. Tais exceções encontram-se previstas nos artigos 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que, respectivamente, tratam dos casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

Sobre o tema, preconiza a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.¹

As hipóteses para que o administrador deixe de realizar licitação como condição para contratar estão taxativamente previstas no art. 75 da Lei no 14.133/2021, em virtude de se tratar de uma exceção ao dever constitucional de realizar licitação previamente à celebração do contrato (art. 37, XXI, CRFB).

¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo - 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Tanto a inexigibilidade quanto a dispensa de licitação são formas diretas de contratação, no entanto as hipóteses de inexigibilidade dizem respeito à inviabilidade de competição, enquanto no caso de dispensa, mesmo que houvesse uma potencial competição, por razão de escolhas previamente definidas pelo legislador em lei há situações em que a disputa é dispensada.

Ressalta-se que a contratação deve atender, antes de tudo, aos princípios norteadores da Administração Pública e ensejar uma das hipóteses elencadas no art. 75, da Lei n. 14.133/21, uma vez que são hipóteses taxativas, não podendo o administrador ampliar discricionariamente o rol já elencado pelo legislador.

Acerca do tema, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

Para que a situação possa implicar dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade do administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na Lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação.²

A dispensa de licitação em razão do valor econômico do contrato encontra respaldo nos princípios da economicidade e da proporcionalidade, na medida em que deve haver relação proporcional entre os gastos da Administração Pública com o procedimento e as vantagens a serem auferidas com ele.

A justificativa reside no baixo valor envolvido em certos contratos, que torna o procedimento antieconômico, o que gera desproporção entre os seus custos e os benefícios a serem por ele produzidos.

Nesse contexto, Marçal Justen Filho esclarece com propriedade a aplicação do fundamento legal:

² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Contratação Direta sem licitação. 11ª edição. 4ª Reimpressão. Fórum, 2024.

“A pequena relevância econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum. A distinção legislativa entre concorrência, tomada de preços e convite se filia não só à dimensão econômica do contrato. A lei determinou que as formalidades prévias deverão ser proporcionais às peculiaridades do interesse e da necessidade pública. Por isso, tanto mais simples serão as formalidades e mais rápido o procedimento licitatório quanto menor for o valor a ser despendido pela Administração Pública”.³

Na análise em tela, estamos diante da realização de dispensa fundamentada no inciso II do artigo 75 da lei 14.133/2021:

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;

Portanto, observa-se do Documento de Formalização de Demanda que o valor de referência se enquadra na hipótese de dispensa em razão do valor.

Quanto ao rito de realização da dispensa, o § 3º do art. 75 estipula que deverá ser realizada preferencialmente uma espécie de procedimento simplificado de disputa, assegurando-se a obtenção de propostas adicionais de eventuais interessados a partir da divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial “pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis”. Nesse caso, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa.

2.2. INSTRUÇÃO DO PROCESSO

O processo de contratação direta consiste em procedimento diferente do processo licitatório convencional, havendo particularidades a serem seguidas, nos termos do artigo 72 da Lei Federal n. 14.133/2021:

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:

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 302.

- 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.

Assim sendo, independentemente das espécies de contratação direta, a formalização de processos administrativos deverá seguir todos os requisitos definidos no artigo supracitado pela Secretaria Demandante, sob pena de configuração de irregularidade/ilegalidade.

Quanto ao primeiro requisito, o documento de formalização de demanda, é importante salientar que a sua apresentação é obrigatória e deve consubstanciar como a primeira etapa do planejamento, com a definição das características mínimas do objeto. Do mesmo modo, o Termo de Referência é um documento essencial para melhor definição do objeto e delimitação da contratação:

Art. 6º (...)

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;

- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;

Quanto ao estudo técnico preliminar, justamente baseado na premissa de que nessas situações privilegiam-se o princípio da eficiência e redução de tempo e custos em detrimento de todas as etapas de formalização de um procedimento licitatório, a Instrução Normativa nº 58/2022, que dispõe sobre a elaboração dos Estudos Técnicos Preliminares – ETP para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, traz a seguinte previsão no seu art. 14:

Art. 14. A elaboração do ETP:

I – **é facultada** nas hipóteses dos incisos I, II, VII e VIII do art. 75 e do § 7º do art. 90 da Lei nº 14.133, de 2021;

II – **é dispensada** na hipótese do inciso III do art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021, e nos casos de prorrogações dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

Portanto, a norma igualmente **faculta** a elaboração do ETP no inc. I, nos casos de dispensa em razão do valor (art. 75, inc. I e II), nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem (art. 75, inc. VII) e nas contratações emergenciais (art 75, inc. VIII).

Quanto à estimativa de preços, torna-se imperiosa a análise do art. 23, da Lei n. 14.133/2021, que apresenta os instrumentos para identificar o valor previamente estimado da contratação:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, 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;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

É pertinente trazer à colação o posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre a forma de realização de cotações de preços para apuração do valor de mercado, no sentido de que as cotações devem representar a realidade atual do mercado, conforme entendimento no Acórdão 868/2013, TC 002.989/2013-1, no dia 10.04.2013: *“Os valores obtidos por meio dessas consultas que sejam incapazes de refletir a realidade de mercado devem ser desprezados sob pena de comprometer a seleção de proposta vantajosa para a entidade contratante”*.

No caso de dispensa em razão do valor, deverá haver divulgação de aviso da intenção de compra em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa:

Art. 75. É dispensável a licitação:

(...)

§3º. As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter proposta adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

A nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, exige a justificativa para realização da dispensa de licitação. Essa justificativa deve ser fundamentada em critérios objetivos e razoáveis, demonstrando a legalidade e a vantagem da contratação direta. Portanto, verifica-se do Termo de Referência da contratação em análise que **a dispensa foi justificada com base no baixo valor envolvido na contratação.**

Além disso, vale ressaltar que a justificativa da contratação, bem como o prazo de entrega do objeto podem ser feitas apenas no Estudo Técnico Preliminar e no Termo de Referência, não havendo necessidade de constar no Edital da Dispensa.

Por fim, para fins de facilidade de visualização do licitante, recomenda-se que os documentos exigidos para habilitação constem em tópico único.

2.3. AVISO DE DISPENSA E ANEXOS

a. Quanto a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021 – Dispensa Eletrônica

A referida instrução normativa dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica, de que trata a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. A Dispensa Eletrônica fora projetada para trazer rapidez e eficiência às demandas administrativas. Desse modo, é possível realizar a condução de todo processo da fase externa, desde a proposta do fornecedor até a homologação da compra.

Tendo em vista que esta referida Instrução Normativa institui a Dispensa Eletrônica, recomenda-se que os procedimentos especificados no edital relativamente a respectiva dispensa sejam fundamentos com a Instrução Normativa SEGES/ME nº 67/2021.

b. Quanto ao Decreto 11.462/2023 - Sistema de Registro de Preços

A Nova Lei de Licitações estabeleceu a possibilidade de instituição de atas de registro de preços nas hipóteses de dispensa de licitação. Destaca-se a § 6º do art. 82 da Lei nº 14.133/2021:

§ 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

Inicialmente, é importante mencionar que a Ata de Registro de Preços é um documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas".

É importante salientar também que uma Ata de Registro de preços, poderá gerar quantos contratos forem necessários (termo contratual ou documento equivalente), observados, obviamente, os quantitativos máximos estimados.

O art. 82 estabelece um rol que detalha expressamente todos os procedimentos que devem ser observados no registro de preços:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:

I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;

II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;

III - a possibilidade de prever preços diferentes:

a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;

b) em razão da forma e do local de acondicionamento;

c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;

d) por outros motivos justificados no processo;

IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;

V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;

VI - as condições para alteração de preços registrados;

VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;

VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;

IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.

Além disso, o decreto 11.462/2023 regulamenta os art. 82 a art. 86 da Lei nº 14.133, trazendo uma série de disposições e inovações na utilização do sistema de registro de preços. O artigo 116 deste decreto trata do procedimento de utilização do registro de preços nas hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação:

Art. 16. O SRP poderá ser utilizado nas hipóteses de contratação direta, por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou uma entidade.

§ 1º Para fins do disposto no caput, além do disposto neste Decreto, serão observados:

I - os requisitos da instrução processual previstos no art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021;

II - os pressupostos para enquadramento da contratação direta, por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, conforme previsto nos art. 74 e art. 75 da Lei nº 14.133, de 2021; e

III - a designação da comissão de contratação como responsável pelo exame e julgamento dos documentos da proposta e dos documentos de habilitação, nos termos do disposto no inciso L do caput do art. 6º da Lei nº 14.133, de 2021.

§ 2º O registro de preços poderá ser utilizado na hipótese de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, para a aquisição, por força de decisão judicial, de medicamentos e insumos para tratamentos médicos.

Portanto, na presenta análise recomenda-se que sejam observados os incisos dos preceitos citados acima naquilo que for pertinente ao objeto da dispensa de licitação.

c. Quanto a fiscalização do contrato:

O artigo 117 da lei 14.133/2021 trata do dever de indicação de pelo menos 1 (um) fiscal para acompanhar a execução do contrato. O caput do art. 117 dispõe o seguinte:

Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição.

As atividades de gestão e fiscalização da execução contratual têm por objetivo aferir o cumprimento dos resultados previstos pela Administração, ou seja, o fiscal do contrato deverá examinar o cumprimento das obrigações principais e acessórias pelo particular contratado.

Tendo em vista as responsabilidades atribuídas ao fiscal do contrato é importante que o Termo de Referência seja instruído não só com a indicação do servidor, como também de seu cargo, matrícula e contato.

d. Quanto a vigência do contrato:

O artigo 105 da Lei 14.133/2021 estabelece a regra geral a respeito da vigência dos contratos administrativos:

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

Em razão do comando legal, é importante observar que o edital deverá estabelecer a duração do contrato e apontar previamente a disponibilidade de créditos orçamentários, não apenas no momento da contratação, como também a cada exercício financeiro quando a vigência do contrato ultrapassar o período de 1 (um) ano.

Quando se trata da vigência da Ata de Registro de preços a lei 14.133/2021 especificou no seu artigo 84 que esta terá vigência de 1 (um) ano **e poderá ser prorrogada por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.**

e. Quanto a minuta de contrato

Consoante o disposto no artigo 95 da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), o instrumento contratual é essencial para a formalização dos contratos decorrentes de procedimentos licitatórios, sendo sua celebração obrigatória em regra. Contudo, é importante ressaltar que a própria legislação prevê exceções, como a dispensa em razão do valor, que constitui uma das hipóteses de não exigência do instrumento contratual. Nestes casos específicos, o referido instrumento poderá ser substituído por outro documento hábil que formalize as condições e obrigações entre as partes contratantes, desde que este garanta a segurança jurídica do negócio celebrado. É importante citar o artigo 95 da Lei 14.133/2021:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Desta feita, observa-se que a minuta de contrato não é obrigatória nos casos de dispensa em razão do valor.

3. CONCLUSÃO

Pelo exposto e levando em consideração as alterações trazidas pela Nova Lei de Licitações - Lei Federal nº 14.133/2021, conclui-se que, uma vez observadas todas as exigências e preceitos legais, bem como os apontamentos/saneamentos realizados neste parecer, smj, **OPINA** pela viabilidade jurídica da contratação direta, por dispensa, para contratação do objeto apontado, com fundamento no artigo 75, inciso II, da citada lei.

MOURA E SIQUEIRA ADVOGADOS