

Parecer 1.634/2023

De: Rafaela C. - PGM

Para: PGM - Procuradoria Geral do Município

Data: 27/12/2023 às 10:19:54

Setores envolvidos:

PGM

Inexigibilidade - 74,I, 14.133/21 - Serviços postais

PARECER JURÍDICO

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - LEI N. 14.133/21

1. RELATÓRIO

Trata-se de processo administrativo instaurado com o objetivo de efetuar a contratação dos serviços de atividades postais disciplinados no artigo 9º, da Lei Federal nº 6.538, de 22 de junho de 1978, para o exercício de 2024, amparada pelo artigo 74, inciso I da Lei Federal 14.133, de 1º de abril de 2021, por se tratar de serviço prestado em regime de monopólio.

2. APRECIÇÃO JURÍDICA

2.1 Da abrangência do parecer jurídico

A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada 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):

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.

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 imbricação 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.

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 pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.

O mesmo se pressupõe em relação ao exercício da competência discricionária pelo órgão assessorado, cujas decisões devem ser motivadas nos autos.

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.

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 eventualmente verificadas com relação à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O seguimento do processo sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

2.2 Da caracterização da hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso I, da Lei Federal n. 14.133/2021

A exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva concretização dos princípios basilares que regem a Administração Pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência.

No caso em tela, a intenção de contratação com fundamento na inexigibilidade se fundamenta na hipótese prevista no art. 74, inciso I, da Lei n. 14.133/2021:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos;

[...]

1º Para fins do disposto no inciso I do caput deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade,

declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Essa situação de inviabilidade de competição se fundamenta na essencialidade das características do profissional que será contratado, ou seja, na sua individualidade, para fins de atendimento do interesse público em uma dada situação. É que, embora haja diferentes alternativas para atender o interesse público, a natureza personalíssima da atuação do particular almejada impede que se realize um julgamento objetivo.

No que se refere à contratação em tela, conforme justificativa da unidade solicitante:

[...] que a EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS, detém monopólio na prestação dos serviços de atividades postais disciplinados no artigo 9º, da Lei Federal nº 6.538, de 22 de junho de 1978, o que impossibilita a realização de procedimento licitatório; • que os Órgãos desta Administração possuem demanda para o recebimento, transporte e entrega, no território nacional, de cartas, e que a ausência da referida contratação implicaria na deficiência da prestação de determinados serviços essenciais à população, não cumprindo com suas obrigações e consequentemente não atendendo ao Interesse Público [...]

Considerando o caso concreto, a condição de prestador exclusivo está, ao meu ver, demonstrada, tendo em vista que o monopólio sobre o serviço.

2.3 Dos requisitos gerais da contratação direta

Além dos requisitos acima expostos, também devem ser cumpridos todos os parâmetros da compra direta, 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.

Passo à análise dos requisitos do artigo 72 da Lei n. 14.133/2023.

Foi apresentado documento de formalização da demanda, sendo dispensada a elaboração de estudo técnico preliminar pela autoridade competente, com fulcro no artigo 31, § 2º, inciso V, do Decreto n. 7.090/2023, sobretudo porque, conforme apontado na documentação, entende a unidade que o ETP não poderia chegar a outra solução capaz de atender a demanda:

Art. 31. Estudo Técnico Preliminar – ETP é o documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido, o qual evidencia o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, trazendo assim, subsídios à elaboração do anteprojeto, do termo de referência ou do projeto básico, necessários ao processo de contratação.

2º O ETP, em âmbito municipal, será opcional nos seguintes casos:

V – nos demais casos de contratação direta (inexigibilidade e de dispensa de licitação) caberá à Autoridade Máxima, a decisão sobre a dispensa do ETP, bem como para aquelas situações (inexigibilidade e de dispensa de licitação), a decisão acerca da dispensa de análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo.

Há estimativa de despesa e demonstração da compatibilidade dos recursos, com concordância do averiguador contábil; comprovação de que a empresa contratada preenche os requisitos de habilitação e a razão de escolha do contratado.

No tocante ao preço, as unidades basearam-se no histórico de consumo, como forma de apurar a estimativa dos valores.

A unidade interessada justificou o pedido, o qual teve o parecer favorável das autoridades competentes de cada pasta.

Pontuo que no caso de ser elaborado contrato, a minuta deve atender os requisitos do artigo 92 da Lei n. 14.133/21 e ser objeto de análise.

3. CONCLUSÃO

Em face do exposto, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos e o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, opina-se pela possibilidade jurídica do prosseguimento do presente processo.

Considerando o artigo 72, parágrafo único, da Lei n. 14.133/2021, que se proceda à divulgação do ato que autorizou a contratação.

Ainda, conforme artigo 73 da lei em questão, na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

É o parecer.

Concórdia, 27 de dezembro de 2023.

—
Rafaela Beltrame Cowacicz
Procuradora Municipal



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: BD09-21B7-CFFF-05B5

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:



RAFAELA BELTRAME COWACICZ (CPF 057.XXX.XXX-73) em 27/12/2023 10:20:04 (GMT-03:00)

Papel: Assinante

Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação por meio do link:

<https://concordia.1doc.com.br/verificacao/BD09-21B7-CFFF-05B5>