



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

Pedido de compra nº 6347/2024

PARECER
Dispensa de Licitação

Trata-se de pedido formulado pela Secretaria Municipal de Saúde, para adquirir, através de Dispensa de Licitação, suplementação de alimentação enteral para pacientes atendidos na UPA 24 horas.

A Secretaria requer o enquadramento da contratação como urgente/emergencial, conforme subitem 2 do Termo de Referência (sequência nº 12 do processo digital) e no ofício constante na sequência 09.

De largada, cumpre destacar que a verificação do preço, a justificativa para a contratação, bem como a escolha do contratado desbordam da verificação jurídica, portanto não serão objeto de apreciação deste parecer, uma vez que cabe a esta assessoria a análise jurídica da demanda.

De tal sorte, as considerações ora feitas devem ser encaradas como um alerta para que, caso a autoridade administrativa julgue oportuno, em prol da sua própria segurança jurídica, complemente a justificativa apresentada, caso entenda pela contratação direta ou, do contrário, pela realização de licitação. Salienta-se que compete a esta assessoria prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, bem como não lhe cabe adentrar em aspectos relativos à esfera discricionária do administrador público legalmente competente, tampouco examinar questões de natureza diversa da jurídica, tais como, por exemplo, de engenharia, contábil, ambiental, administrativa e pedagógica entre outros.

Neste sentido, o Enunciado nº 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU:

*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. (grifamos e sublinhamos)*

É o relato pertinente.

1. Do dever de licitar



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

Primeiramente, importante que se diga que **vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio da obrigatoriedade de licitação**, consoante preceituado no artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Busca-se, desse modo, obter a melhor contratação, ou seja, aquela mais vantajosa para a Administração Pública com observância dos princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade e eficiência. No entanto, a própria Lei Maior dispõe que há exceções a regra de licitar, possibilitando a contratação direta.

Segundo o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello “*a licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.*”

Destarte, não deve o Administrador Público, por meio de justificativas genéricas, fugir do cumprimento da lei (princípio da legalidade), por expressa vedação constitucional (art. 37, *caput*, da CF/88). É a lei que define as hipóteses de contratação direta pela administração pública na forma de dispensa ou inexigibilidade de licitação e a elas o administrador está restrito.

Regulamentando a norma constitucional, a Lei Federal nº 14.133/2021, dispõe que a licitação se destina a garantir a observância do princípio da isonomia e deve ser processada à luz dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Fixado que a lei estabelece a obrigatoriedade do procedimento licitatório para a aquisição de bens ou a contratação de obras ou serviços, tem-se que ela própria cria exceções que permitem seja a licitação dispensável ou inexigível. Estas exceções estão alinhadas nos artigos 74 e 75.

2. Da dispensa de licitação fundada no inciso VIII, do art. 75 da Lei nº 14.133/2021

Analisando-se a legislação que dispõe sobre a matéria, a nova Lei de Licitações, em seu artigo 75, VIII prevê a possibilidade de contratação por dispensa de licitação nos casos em que restar caracterizada a emergência, senão vejamos:

*Art. 75. É dispensável a licitação:
[...]*



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso; (grifamos e sublinhamos)

É importante esclarecer que emergência é a situação decorrente de **atos impreviáveis** que impõem medidas imediatas por parte da Administração Pública, sob pena de gerar consequências graves, com danos, quiçá, irreversíveis.

A respeito do tema, Marçal Justen Filho ensina:

O dispositivo enfocado refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal.

E continua:

Havendo risco de lesão de interesses, a ausência da licitação adequada e tempestiva não se constitui em fator impeditivo da contratação emergencial. Se essa contratação direta for indispensável para neutralizar o risco de danos irreparáveis, impõe-se a sua efetivação. Isso não elimina a responsabilização do agente que omitiu as providências necessárias para a realização da licitação.

[...]

Ou seja, a desídia administrativa não poderá redundar na concretização de danos irreparáveis aos valores buscados pelo Estado, mas se resolverá por outra via. Comprovando-se que, mediante licitação formal e comum, a Administração teria obtido melhor resultado, o prejuízo sofrido deverá ser indenizado pelo agente que omitiu as providências necessárias. Ademais disso, deverá punir-se exemplarmente o agente público que omitiu o desencadeamento da licitação.¹ (grifamos e sublinhamos)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

Além disso, o doutrinador aduz que “*para dispensa da licitação em situação emergencial ou de calamidade pública, incumbe à Administração avaliar a presença de dois requisitos: a **previsibilidade de concretização de um dano e a aferição de que a contratação é apta a evitá-lo.***”

Portanto, é necessário que a contratação a ser efetivada através de dispensa de licitação, amparada no art. 75, VIII, da Lei nº 14.133/2021, seja apta a evitar a ocorrência de um **dano eminente**.

Diante da previsão legal e a fim de atender os requisitos legais que viabilizam a contratação por dispensa de licitação, com amparo no art. 75, VIII, da Lei nº 14.133/2021, deve a requisitante **comprovar o nexso causal** entre a contratação direta e a eliminação do risco de dano com a efetiva demonstração da relação entre a necessidade a ser atendida e a solução concreta adequada.

Ou seja, deve ficar comprovado nos autos que os itens a serem adquiridos possuem o condão de efetivamente eliminar os riscos elencados no artigo 75, inciso VIII da nova Lei de Licitações, bem como que a contratação postulada é a via adequada para tanto.

Nesta linha, segue por analogia, o posicionamento do Tribunal de Contas da União – TCU de acordo com a Lei nº 8.666/1993:

Acórdão 119/2021-Plenário | Relator: MARCOS BEMQUERER
*Nas contratações diretas fundadas em emergência (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993), **cabe ao gestor demonstrar a impossibilidade de esperar o tempo necessário à realização de procedimento licitatório**, em face de risco de prejuízo ou comprometimento da segurança de pessoas e de bens públicos ou particulares, além de justificar a escolha do fornecedor e o preço pactuado. (grifamos)*

Acórdão 1122/2017-Plenário | Relator: BENJAMIN ZYMLER
*A situação de contratação emergencial decorrente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos **pode implicar a responsabilização do gestor que lhe deu causa, em face de sua omissão quanto ao dever de agir a tempo, adotando as medidas cabíveis para a realização do regular procedimento licitatório.*** (grifamos)

Acórdão 6439/2015-Primeira Câmara | Relator: AUGUSTO SHERMAN
*A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, **deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos***



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal. (grifamos)

Conforme leciona o José Anacleto Abduch Santos, as situações excepcionais, que requerem contratações através de dispensa de licitação, requerem proporcionalidade nas condutas adotadas pelo gestor, referindo, *in verbis*:

[...] que todas as ações devem se dar nos estreitos limites do necessário para atender a situação de urgência emergente, ou para evitar riscos de seu agravamento. Por exemplo: (i) as aquisições de bens devem ocorrer gradativamente, para que não excedam o necessário, e apenas no montante indispensável para aguardar a realização e conclusão de futura licitação, quando for possível cogitar de instauração de processo licitatório; ou (ii) as contratações de obras e serviços de engenharia sejam no limite do necessário para afastar os riscos imediatos, avaliando-se os casos em que contratações de maior envergadura e precedidas de planejamento adequado puderem ser adotadas posteriormente.²
(grifamos e sublinhamos)

Portanto, o risco de prejuízo ou o comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares deve estar bem corroborado.

Necessário, por fim, trazer em comento trechos do Acórdão nº 1340/2024, do Tribunal de Contas da União, acerca da emergência fabricada, alertando o gestor sobre a necessidade de instauração de processo administrativo próprio, a fim de apurar responsabilidades, quando da ocorrência destes casos:

Em sua manifestação quanto à irregularidade em comento, o responsável argumentou que (peça 101, p. 12-14):

55.1. De acordo com a doutrina e jurisprudência, a situação denominada de emergência fabricada é aquela decorrente da inércia e/ou da incúria administrativa. Acerca do tema, ensina Marçal Justen Filho:

“A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada ‘emergência fabricada’, em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada. (...)”

56. Emergência fabricada é, portanto, a situação de emergência que decorre da ação dolosa ou culposa do administrador, seja ela

² SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratações em situação de emergência ou calamidade pública: guia sintético de direitos do gestor público. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 20 mai. 2024. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

consequência da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos.

[...]

137. *Em vista de todo o exposto, somos de opinião que o responsável não logrou justificar a falta da adoção de providências necessárias para a efetiva apuração da chamada “emergência fabricada”, mediante instauração de procedimento administrativo formal, a fim de esclarecer as circunstâncias que culminaram com a contratação emergencial, identificar irregularidades e apurar respectivas responsabilidades dos agentes administrativos eventualmente envolvidos, nos termos da Orientação Normativa AGU 11/2009, razão pela qual devem ser rejeitadas as suas razões de justificativa. (grifamos e sublinhamos)*

Ressalta-se, por último, que é vedada a recontratação de empresa que já foi contratada, com base no referido inciso, condição esta que sempre deverá ser certificada pela Secretaria requisitante e pelo Setor de Compras, em atenção à decisão constante na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6890, do Supremo Tribunal Federal, in verbis:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 75, inc. VIII, da Lei n. 14.133/2021, para restringir a vedação prevista no dispositivo à recontratação fundada na mesma situação emergencial ou calamitosa que motivou a primeira dispensa de licitação, nos termos da seguinte tese de julgamento: - É constitucional a vedação à recontratação de empresa contratada diretamente por dispensa de licitação nos casos de emergência ou calamidade pública, prevista no inc. VIII do art. 75 da Lei n. 14.133/2021; - A vedação incide na recontratação fundada na mesma situação emergencial ou calamitosa que extrapole o prazo máximo legal de 1 (um) ano, e não impede que a empresa participe de eventual licitação substitutiva à dispensa de licitação e seja contratada diretamente por outro fundamento previsto em lei, incluindo uma nova emergência ou calamidade pública, sem prejuízo do controle de abusos ou ilegalidades na aplicação da norma. Tudo nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 30.8.2024 a 6.9.2024.

3. Da instrução do processo de contratação direta - art. 72

Convém esclarecer que o art. 72 da Lei Federal nº 14.133/2021 requer a instrução dos processos de dispensa e de inexigibilidade com documentos que confirmem legalidade à contratação.³

³ 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:**



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

Consta nos autos o termo de referência (sequência nº 012 do pedido de compra) e o estudo técnico preliminar (sequência nº 013 do pedido de compra), revisados pelo setor de Compras (sequência nº 014), que discrimina o objeto da contratação almejada, atendendo o disposto no art. 72, inciso I, da Lei nº 14.133/2021. Verifica-se que os incisos propostos pela legislação estão preenchidos, ou, seu não preenchimento, justificado, ainda que sucintamente, mas sob responsabilidade de quem o elaborou, sem adentrar ao mérito e ao aspecto técnico, já que tais exames desbordam a verificação jurídica.

Houve estimativa de despesa, calculada na forma estabelecida no art. 23 da Lei nº 14.133/2021, através da realização de orçamentos com fornecedores (orçamentos constantes nas sequências 001 à 005 do pedido de compra), estando a escolha destes justificada na sequência nº 016 do pedido de compra.

Ademais, no âmbito desta Administração, existe regulamento aderente às diretrizes da Lei, consubstanciado no Decreto 11.477/2022, sendo que os requisitos lá pontuados deverão ser seguidos pela requisitante. Ressalta-se que, a Secretaria requisitante e o Setor de Compras deverão adotar as medidas pertinentes para que o preço esteja de acordo com o praticado pelo mercado, através de ampla pesquisa e comparação nos instrumentos disponíveis, explorando, inclusive, as hipóteses de composição de orçamento autorizadas pela legislação, utilizando, preferencialmente, a pesquisa em portais e o conflito com contratações semelhantes, a fim de garantir ao Município o encontro com a proposta mais vantajosa. Esclarece-se que a análise dos orçamentos e da pesquisa de mercado realizada desborda a conferência jurídica, já que importa competência técnica do Setor de Compras e da Secretaria requisitante, sobre a qual esta assessoria não detém condições de aferir. É necessário destacar, por último, que no caso de pesquisas diretas com fornecedores, estas não poderão ser datados de mais de seis meses e a escolha destes deverá estar fundada em justificativa robusta, sendo que deverão ser realizadas, no mínimo, três cotações. Para os casos de pesquisas em sítios de internet, deverá constar a data e a hora do acesso, para atendimento à legislação.

O pedido de compra nº 6347/2024 (sequência nº 012) relaciona a dotação orçamentária que suportará a contratação, cabendo ao setor competente demonstrar a compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido (art. 72, inciso IV).

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.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

Ato contínuo, deve haver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações a serem assumidas pela Administração. Assim é que a existência de previsão orçamentária para o exercício financeiro em que se realizará a despesa, consoante se vê do inciso II, do art. 167, da Constituição Federal, art. 150 da Lei nº 14.133, de 2021, é condição prévia a ser observada antes da assunção de quaisquer obrigações financeiras. Neste passo, as regras pertinentes ao direito financeiro anteriormente aludidas vedam a realização de despesa sem que tenha sido contemplada nas respectivas leis orçamentárias. Ou seja, para a Administração realizar despesas é imprescindível a existência de previsão orçamentária suficiente para cobri-la.

Os documentos do futuro contratado, ora anexados, comprovam que o particular preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessárias (art. 72, inciso V).

A razão da escolha do futuro contrato deverá estar pautada em critério objetivo, qual seja, a urgência no atendimento da situação, para que seja atendido o pressuposto do art. 72, inciso VI, da Lei nº 14.133/2021.

Convém esclarecer que a análise realizada por esta assessoria compreende a verificação do preenchimento dos requisitos que a legislação estabelece, sem adentrar ao mérito, aos valores envolvidos bem como aos demais aspectos técnicos certificados pela Secretaria solicitante, já que tal conferência extrapola o viés jurídico.

4. Conclusões

Em face do exposto, a análise do mérito quanto à urgência da situação não compete à assessoria jurídica, mas sim ao gestor, portanto, **entendendo a autoridade superior pela devida e cabal demonstração de situação emergencial, que não possa aguardar o decurso do processo licitatório, a contratação poderá ser realizada com fundamento no inciso VIII, do art. 75 da Lei Federal nº 14.133/2021, nos limites e nas quantidades necessárias para solucionar a situação emergencial**, desde que o preço proposto esteja de acordo com o praticado pelo mercado, saneados eventuais apontamentos realizados neste parecer, recomendando-se, inclusive, as providências necessárias para realização do processo licitatório pertinente, quer seja pregão eletrônico.

Deverá ser garantida ampla publicidade do referido processo, através do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, no prazo de 10 (dez) dias úteis, contados da assinatura da formalização e/ou da autorização da contratação, conforme inciso II, do art. 94 da nova Lei de Licitações.



Estado do Rio Grande do Sul
Município de Bento Gonçalves
Secretaria Municipal de Finanças

Cumpre esclarecer que 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 (art. 73), já que constitui ilícito penal admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei, conforme prevê o art. 337-E do Decreto-Lei nº 2.848/1940.

S.m.j., é o parecer.

Encaminha-se para apreciação e decisão da autoridade superior.

Bento Gonçalves, 06 de novembro de 2024.

SABRINA SOLANGE ZAFERI CARDOZO
Assessora Jurídica - OAB/RS 129.007

Assinaturas e Autenticidade

Documento assinado dia 06/11/2024 às 09:56 Horas, pelo Usuário SABRINA SOLANGE ZAFERI CARDOZO, , ID GESPAM 306794 IP 138.59.51.125 MAC Address 00155D3E660B.



PREFEITURA BENTO GONÇALVES RS

Confira a autenticidade deste documento acessando o site
<https://autenticador.abase.com.br/autenticidade-documentos> gerado pelo
GESPAM Código de Autenticidade: 3a1a268f2e5d