

PARECER JURIDICO

ASSUNTO: Análise da possibilidade de Contratação direta, através de Dispensa de Licitação, com fundamento no Artigo 75, inciso II, da Lei nº 14.133/2021.

Requerente: Setor de Empenho e Contratos

Interessado – Secretaria Municipal de Educação e Cultura

Assunto: Solicitação de Parecer Jurídico para contratação direta de CONFECÇÕES JUNGHAUS, CNPJ 93.437.838/0001-28

Valor – R\$ 13.115,00 (TREZE MIL, CENTO E QUINZE REAIS)

RELATÓRIO

Trata-se de consulta encaminhada pelo Setor de Empenhos e Contratos para análise e parecer jurídico concernente ao processo licitatório da modalidade Dispensa de Licitação – Processo 2024/3463 - cujo objeto é a CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA FORNECIMENTO DE 430 CAMISETAS MANGA CURTA PARA MOSTRA MIP

Nesse sentido, após feita pesquisa de preços, a empresa CONFECÇÕES JUNGHAUS, CNPJ 93.437.838/0001-28 apresentou o menor orçamento, no valor de R\$ 13.115,00 (TREZE MIL, CENTO E QUINZE REAIS)

Perquire, ainda, o Setor de Compras, a possibilidade da aquisição sob o viés da Lei Eleitoral, eis que o objetivo da mesma é sua distribuição de forma gratuita aos participantes da MOSTRA MIP 2024 .

Breve Relato

I - PARECER

Preambularmente é importante destacar que a submissão das dispensas de licitações, na Lei 14.133/2021, possui amparo, respectivamente, em seu artigo 53, §1º, inciso I e II c/c o artigo 72, inciso III, que assim dispõem:

“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. ”

“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:

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos”.

II – ANÁLISE JURÍDICA

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida estritamente jurídica, ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto a outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

A emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que é relativo à área jurídica, não adentrando à competência técnica da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria-Geral da União, por meio das Boas Práticas Consultivas – BCP nº 07, qual seja: *“O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.”*

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.

Portanto, passa-se à análise dos aspectos relacionados às orientações jurídicas ora perquiridas.

Nesse sentido, a presente análise tem a finalidade de verificar a conformidade do procedimento, com as disposições fixadas na nova Lei de licitações, em especial no que tange a possibilidade legal de contratação direta dos serviços, tendo por fundamento o artigo 75, inciso II, da Lei nº 14.133/2021, bem como sobre a possibilidade da distribuição gratuita dos bens.

II.a) DA AQUISIÇÃO DIRETA

Estatuiu no art. 37, XXI, que “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, mandas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações”.

Essa disposição constitucional se harmoniza com outras diretrizes constitucionais, como o princípio da isonomia (art. 2º, caput) e com a própria República, a pressupor igualdade de oportunidades a todos os indivíduos, sem discriminações desarrazoadas ou privilégios indevidos. Esse conjunto normativo não deixa dúvidas de que a licitação é a regra a ser observada, sempre que possível e adequado, na medida em que as hipóteses de contratação direta constituem exceções e implicam redobrados cuidados em sua adoção, tanto assim que a Lei n. 14.133/2021 alterou o Código Penal para nele incluir o artigo 337-E, prevendo ser crime “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, majorando as penalidades para reclusão, de 4 a 8 anos, quando comparado com o revogado artigo 89 da Lei n. 8.666/93.

E o artigo 73 da Lei estabelece 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.

III - DA VIABILIDADE DE COMPETIÇÃO:

A dispensa de licitação é consagrada por lei para situações em que é viável a competição. A lei determina a dispensa de licitação por reconhecer que a sua ocorrência não traria os benefícios pretendidos ou, mesmo, acarretaria outros malefícios/ dispensáveis.

A licitação seria uma solução inadequada ou desnecessária para promover o atendimento às necessidades coletivas ou comprometeria a realização de outros valores igualmente protegidos pelo direito.

IV - DA QUESTÃO DE CUSTO E BENEFÍCIO:

Toda licitação envolve uma relação de custo e benefício. Há custos econômicos propriamente ditos, derivados do cumprimento dos atos materiais da licitação (publicação pela imprensa, realização de testes laboratoriais etc.) e da alocação de pessoal.

Há custos de tempo, referente a demora para o desenvolvimento dos atos da licitação. Também podem existir outras espécies de custo a ser examinado caso a caso.

Em contrapartida, a licitação produz benefícios para a Administração.

Esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse existido.

A dispensa da licitação decorre do reconhecimento por lei de que os custos inerentes a uma licitação superam os benefícios que dela poderiam advir.

A lei dispensa licitações para evitar o sacrifício dos interesses coletivos e supraindividuais.

V - A ESCOLHA LEGISLATIVA FUNDAMENTADA: A PROPORCIONALIDADE:

Todas as hipóteses de dispensa de citação presente apresentam em comum a característica de previsão legislativa.

Não se admite a criação de um caso de dispensa sem lei assim dispondo e no caso em tela enquadra-se no artigo 75, inciso II da lei 14.133/ 2021, 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;

O elenco do artigo 75 da lei 14133/2021 pode ser enquadrado em diversas categorias em vista de seu conteúdo jurídico e as finalidades que norteiam a sua instituição.

A hipótese de dispensa de citação do artigo 75 pode ser sistematizada segundo o ângulo de manifestação do desequilíbrio da relação do custo-benefício, sendo que o caso em tela se refere ao custo econômico da licitação, ou seja, o custo econômico da licitação é superior ao benefício dela extraível.



O § 1º do art. 75, da lei 14.133/2021 determina a obrigatoriedade da somatória de valores para determinação do cabimento da dispensa de licitação, in verbis:

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

(...)

O Decreto 11.871 de 29 de dezembro de 2023 atualiza os valores da NLL para o exercício de 2024, em atendimento ao art. 182 da Lei 14.133/21, passando os valores prescritos nos incisos I e II do art. 75 da NLL (dispensa de licitação), para R\$ 119.812,02 (obras e serviços de engenharia) e R\$ 59.906,02 (compras em geral), enquanto o valor dos serviços requisitados pela dispensa seria de R\$ 13.115,00 (TREZE MIL, CENTO E QUINZE REAIS)

VI - O PREÇO DE MERCADO E PESQUISA:

Segundo a Administração, o preço do presente contrato teve como referência a pesquisa de preços com três fornecedores, na forma do art. 23, IV da Lei 14.133/2021.

Como na contratação direta administração não está liberada de promover todas as atividades de pesquisa de preço e de solicitação de oferta dos potenciais interessados, então percebe-se que no caso em tela foi obedecido, tendo como parâmetro pesquisa de preços de mercado.

VII - DA GARANTIA AOS PRINCÍPIOS DA REPÚBLICA E DA ISONOMIA

No caso em tela, Administração Pública, observou as formalidades em geral exigível em qualquer hipótese de contratação, pois mesmo sendo contratação direta não autoriza o afastamento das formalidades indispensável a realização de qualquer contrato.

No procedimento de tela observa-se que foi apenas PARCIALMENTE atendidos os requisitos que a lei dispõem, ou seja, os documentos que deve compor a

dispensa de licitação, não havendo nos autos o Termo de Referência, mas constando documento de formalização da demanda, a estimativa de despesa calculada e na forma estabelecida no artigo 23, demonstração de compatibilidade da previsão de recursos com compromisso a ser assumido, a comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária, além da razão de escolha do contratado, a justificativa de preço e autorização da autoridade competente.

Segundo o artigo 72 da lei 14133 de 2021, que especifica a documentação:

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.

Nesse contexto, a aquisição direta, pura e simples estaria albergada pelo art. 75, inc. II da Lei 14133/2021, passando-se a analisar juridicamente a destinação que se pretende dar aos bens a serem adquiridos, com objetivo de prevenir afronta à legislação eleitoral.

VIII - DA VERIFICAÇÃO DO COMETIMENTO DE CONDUTA VEDADA

A distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da administração pública é vedada durante todo o ano da eleição (de 01/01/2024 a

31/12/204), exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, nos termos do tipo descrito no art. 73, § 10, da Lei n. 9.504/97. Ou seja, a distribuição gratuita de bens e benefícios, independentemente do caráter eleitoreiro já caracteriza a conduta vedada, não sendo necessária demonstrar caráter eleitoreiro ou promoção pessoal do agente público, bastando a prática do ato ilícito.

Segundo consta no Termo de Referência, item 3, o evento MIP teve sua primeira edição em 2014, e agora chega na sua 10ª Edição. Ou seja, a princípio, trata-se de programa pré-existente, porém não há informação de que é autorizado por lei, se nas edições anteriores havia distribuição gratuita de camisetas, nem mesmo em que data haverá a MOSTRA MIP 2024

As exceções dão conta de que todos os programas que estiverem autorizados por Lei e em execução orçamentária no exercício anterior, poderão ser mantidos, sendo que o Ministério Público poderá acompanhar sua execução.

A distribuição gratuita de materiais, bens, valores ou serviços pelo poder público deve obedecer aos regramentos da legislação eleitoral, a fim de evitar ameaças à isonomia de oportunidades entre os candidatos e à liberdade de escolha dos eleitores, alertando-se que a inobservância dessas proibições poderão levar à representação, por parte do Ministério Público Eleitoral.

Assim, sem atendimento das premissas supra - **programa autorizado por lei e já em execução no exercício anterior com distribuição de camisetas aos participantes**- estará havendo clara infração à legislação eleitoral, sujeitando o(s) agente(s) público(s) responsável(is) às penalidades da lei eleitoral, que vão desde multa até cassação de mandato do(s) candidato(s) eventualmente beneficiado(s) com a conduta.

Nesse sentido, deverá a Secretaria requisitante demonstrar que a aquisição e distribuição de camisetas em tela se trata de programa preexistente e autorizado por lei, bem como informar em que data seria feita a distribuição das camisetas neste ano de 2024, sem o que não é recomendado juridicamente a efetivação da aquisição e da distribuição sob pena de se estar praticando conduta vedada em ano eleitoral.

IX - CONCLUSÃO

Diante o exposto, OPINA-SE pela viabilidade jurídica da presente aquisição com base no artigo Art. 75, II, da lei 14.133/2021.

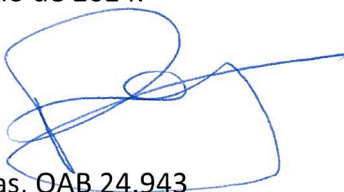
Quanto à destinação dos bens, deve estar comprovada a exceção prevista no §10 do art. 73 da Lei 9504/1997 sob pena de prática de conduta vedada em ano eleitoral.



Cumpre esclarecer, também, que toda verificação desta Assessoria Jurídica tem por base as informações prestadas e a documentação encaminhada pelos órgãos competentes e especializados da Administração Pública.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Bom Princípio, 30 de julho de 2024.



Robinson de A. Brum Dias, OAB 24.943