



ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

CONSULTORIA JURÍDICA

Tipo de Ato:	PARECER JURÍDICO N.º 092-2023 - ASJUC - MFA
Processo Licitatório:	DISPENSA DE LICITAÇÃO N.º 020/2023 – PROCESSO 065-2023
Data da Emissão:	10/11/2023.
Relator:	DR. MARCELO FELIZ ARTILHEIRO
Objeto:	Aquisição de brinquedos pedagógicos, para o departamento de Educação do Município de Monte Castelo.
Ementa do Parecer:	DIREITO ADMINISTRATIVO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. BENS - SERVIÇOS - VALOR REDUZIDO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ARTIGO 24, INCISO II, DA LEI 8.666/93. LEGALIDADE. TERMOS DO ARTIGO 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93. PREVISÃO LEGAL. ATO DISCRICIONÁRIO. PREVISÃO LEGAL. HIPÓTESE PREVISTA EM LEGAL. HIPÓTESE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. APROVAÇÃO. PRECEDENTES JURÍDICOS.

O Serviço de licitação solicitou pedido de pronunciamento desta Assessoria Jurídica, acerca da dispensa de licitação nos termos em epígrafe.

O esboço legal da consulta é inciso VI, do Art. 38, da Lei n.º 8.666/93. Homenagem ao Princípio da Legalidade previsto no artigo 37, da Constituição Federal de 1988 e artigo 3.º, da Lei 8.666/93.

É o relatório.
Passo ao exame de mérito.

PRELÚDIO FÁTICO

A narração fática do presente caso é demasiadamente simplória, não obstante envolver uma complexidade que ultrapassa o labor jurídico passível de ser apreciado no *dictamen* que ora se passará a proferir, adentrando, sumamente, na discricionariedade do gestor público.

O serviço de Licitação pretende contratar /adquirir é “Aquisição de brinquedos pedagógicos, para o departamento de Educação do Município de Monte Castelo.”

É diante desta singela situação, que vieram a esta Assessoria os autos para emissão de parecer sobre a possibilidade de contratação direta sem a realização de prévia licitação a prestação do serviço.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA PARA O CASO

O tema encarta uma das mais sérias discussões no âmbito da política governamental – a contratação pela Administração Pública. Vigoram como normas vertentes do agir público, inclusive institucional, a indisponibilidade do interesse público e a observância da máxima legalidade. É à luz de tais questionamentos que se discutirão a obrigatoriedade de licitar e a dispensa da licitação.

Quanto ao dever de licitar

A liberdade de contratar, para o particular, não encontra a mesma ressonância para a Administração Pública. É que muito se debate sobre a real existência da autonomia da vontade para o Poder Público. Forte em argumentos contrários à negativa do ideal autonomista, prepondera a regra – ou melhor, matriz de ordem constitucional do dever de licitar.

O ordenamento constitucional vigente (art. 37, XXI), no entanto, tornou a liberdade de contratar exceção para a Administração, e a licitação e regra a licitação. Ao inverter a regra da liberdade contratual clássica do direito privado, o que se almeja, conforme os ideais liberais que vicejaram nos dois últimos séculos, no direito público, é a proteção do indivíduo contra o arbítrio, resguardando não a liberdade do Estado para contratar, mas a do indivíduo para concorrer ao contrato desejado pela Administração: eis por que a contradição é apenas aparente ou lógica, sendo como é o princípio licitatório corolário dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade e finalidade pública.



ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

Portanto, licitar não é faculdade da Administração, mas dever, mister constitucionalmente delineado pelo legislador constituinte originário que norteia a atividade administrativa e garante a preservação do interesse público, visando, sobremaneira, à escolha da proposta mais vantajosa para o Poder Público. Bandeira de Mello, acentua: "(...) **sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa. Não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico, que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados**".

Na verdade, o dever de licitar traduz-se não apenas como múnus para o Estado, mas, principalmente, como verdadeira política pública. Todavia, também já restou comprovado que a licitação por si, isoladamente não garante a legalidade e moralidade na Administração Pública.

É impossível compreender-se estado democrático de direito operante sem políticas públicas pré-definidas e funções administrativas sem o balizamento de normas jurídicas.

A atividade contratual da Administração Pública, mesmo quando no exercício de competências discricionárias, deve exprimir escolhas ditadas por políticas Públicas e implementadas de acordo com as normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público.

A norma constitucional que estabelece o dever de licitar traduz política pública na medida em que pressupõe ser a competição seletiva isonômica aquela que habilita a Administração pública, consultado o mercado, à identificação da proposta a mais favorável à prestação de serviços, à execução de obras, à compra ou à alienação de bens.

A competição reduz o risco de formação de cartéis e superiormente atende aos princípios nomeados na cabeça do art. 37 da CR/88

Enfim, a licitação é, ela própria, um princípio (agora constitucional), decorrente de outros, como os da indisponibilidade e supremacia do interesse público, e é restrição à liberdade de escolha do contratante.

A licitação dispensável

Como mencionado, a licitação deve, rotineiramente, ser observada pela Administração. Não obstante a existência do dever de licitar, existem situações em que a Administração Pública tem a faculdade, fundamentada no interesse público de não realizar a licitação

Art. 24 É dispensável a licitação:

Omissis.

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

Quando o interesse estatal puder ser satisfeito por uma competição padrão, e considerando possível a competição, haverá licitação. Logo, se existe discricionariedade para o administrador público em não realizar licitação nos casos de dispensabilidade, tal discricionariedade é extremamente mitigada, eis que, precisamente, emoldurada nas restritivas hipóteses previstas em lei.

Como é usual afirmar, a supremacia do interesse público fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratações da Administração Pública – o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto de desempenho satisfatório pelo Estado das funções administrativas a ele atribuídas. No entanto, existem hipóteses em que a licitação formal seria impossível ou frustraria a realização adequada das funções estatais.

Portanto, a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um procedimento administrativo. O segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções.

A contratação direta submete-se a um procedimento administrativo, como regra. **Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação.** Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipótese-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa.



ESTADO DE SANTA CATARINA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

A norma legal que vaticina a dispensabilidade de licitação não permite a ampliação da discricionariedade ao administrador público. Razões de ordem pública, fundada em manifesto interesse público, devem servir como baliza para não realizar o procedimento licitatório.

Com efeito, o permissivo legal não induz à desobediência de normas mínimas. Bem pelo contrário, pois “a contratação direta não autoriza atuação arbitrária da Administração. No que toca ao princípio da isonomia, isso significa que todos os particulares deverão ser considerados em plano de igualdade”.

A título ilustrativo, o anteprojeto de uma nova lei de licitações consigna que o diploma se destina a disciplinar os procedimentos de contratação, assentando que a contratação direta também se configura como um procedimento sujeito à observância de princípios e etapas similares à licitação propriamente dita.

A análise do caso concreto

A análise do caso cotejado remete, indiscutivelmente, a uma situação de extrema relevância e de valor compatível no dispositivo legal. Mesmo assim, a situação está posta. Cabe a indagação: o que resta fazer? Realizar licitação? Arcar com os custos de publicações? Esperar que apareçam outros interessados? Isso considerando que no Município há inequivocamente limitação de fornecedores. Há, portanto, que se proceder à ponderação de valores, a qual, destaque-se, somente pode ser aferida pelo próprio gestor público, ainda que possa ser conferido um norteamento, estritamente jurídico nessa análise.

O que se quer dispensar é a contratação abaixo indicada:

PROCESSO DE COMPRA 065/2023
DISPENSA DE LICITAÇÃO Nº 020/2023

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA: O Município de Monte Castelo, torna público que em conformidade com o artigo 24, inciso II, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, atualizada pela lei n.º 8.883, de 08 de junho de 1994, e do Prejulgados de n.º 263 do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e do Acórdão 120/2007 Segunda Câmara (Sumário) do TCU, fica DISPENSADA de licitação para aquisição do seguinte bem:

OBJETO: Aquisição de brinquedos pedagógicos, para o departamento de Educação do Município de Monte Castelo.

FORNECEDOR: Siqueira Comércio de Livros e Jogos Pedagógicos Ltda, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n.º 14.872.067/0001-20, com sede na Rua João Mario Castilho, n.º 47, Bairro Santa Tereza, Videira -SC.

VALOR TOTAL: R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

FORMA DE PAGAMENTO: A vista, mediante liquidação da Nota Fiscal

PRAZO DE FORNECIMENTO: Em até 10 dias da data da Autorização de Fornecimento

DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA: Funcional 27 Projeto Atividade 2010 Elemento de despesa: 3.3.90.00.00.00.00

MOTIVAÇÃO: Realização de atividades que possam melhorar o processo de aprendizagem, pois as brincadeiras e as interações sociais, entre as crianças dentro do ambiente escolar são consideradas fundamentais no processo da formação, pela qual a criança toma decisões, expressa seus sentimentos e valores.

Do valor e do objeto da dispensa:

Para a incidência do referido dispositivo, então, são requisitos: a) ser a despesa de valor não superior a 10% do limite previsto na alínea “a” do inciso II do artigo 23 e nos termos do artigo 24, inciso II, da Lei n.º 8.666 e não constituir a despesa uma parcela de uma outra contratação de maior vulto que possa ser realizada de um só vez.

Registra-se que a regra é a de que todo e qualquer contrato firmado pela Administração seja precedido de licitação, na forma do art. 37, inc. XXI, da CF/88. Em outros termos, a contratação direta é exceção a essa regra, razão pela qual precisam ser interpretadas com cautela e visar sempre o atendimento de uma situação de manifesto interesse público.

Quanto ao primeiro requisito a ser observado, não será possível contratar diretamente, via dispensa em razão do valor, se a despesa oriunda do contrato ultrapassar a cifra de 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a” do inciso II do artigo 23 da referida Lei n.º 8.666/93, com as alterações produzidas pelo [DECRETO Nº 9.412, DE 18 DE JUNHO DE 2018](#), **verbis**:

Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

a) na modalidade convite - até R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).

Para preencher esse primeiro requisito, o contrato não poderá ser superior a R\$ 17.600,00. Considerando que



ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

a contratação pretendida está fixada em um total de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Conforme se verifica em documento acostado aos autos, entende-se por estar preenchido tal requisito.

Quanto ao segundo requisito não constituir a despesa uma parcela de outra contratação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez embora não o diga expressamente nos incisos I e II do artigo 24, fica clara a intenção do legislador de impedir a contratação direta por meio de eventual fracionamento do objeto para adequar ao valor permitido para a dispensa. Em verdade, trata-se da aplicação, *mutatis mutandi*, da regra contida no § 5º do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, que diz:

“Art. 23. [...] § 5º. É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço”.

Nesse sentido, transcrevem-se, em parte, as seguintes decisões do TCU:

“(…) determinar à Prefeitura Municipal de Araguari/MG que observe rigorosamente as disposições da Lei n.º 8.666/93, coibindo o uso irregular da dispensa de licitação em aquisições de mesma natureza, cujo montante total ultrapasse o limite máximo vigente, tendo em vista o disposto nos art. 23, § 2º, c/c o art. 24, II, da referida Lei”. (AC147315/081. Sessão: 13/05/08. Classe: Relator: Ministro Guilherme Palmeira FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO.).

“2.15. No que se refere à despesa com serviços gráficos, a responsável relacionou, [...], despesas sem licitação que atingem o montante de R\$13.736,00, superior ao valor consignado no relatório de auditoria interna que foi de apenas R\$9.400,00 [...]. O mesmo ocorre com as despesas com publicações, no período de janeiro a setembro/2002, cujo valor informado pela responsável é de R\$ 17.974,40 [...], superior ao consignado pelo Controle Interno (subitem 3.8.1). Logo fica patenteado o descumprimento do art. 24, I, da Lei nº 8.666/1993, que fixa em R\$ 8.000,00 o limite de dispensa para compras e outros serviços. 2.16. O argumento esposado pela exgestora do Coren/PA, no sentido de que as despesas individuais referentes a cada um dos casos são inferiores ao limite exigido para contratação por meio de licitação não pode prosperar, visto que a despesa pertinente a cada objeto deve ser considerada no seu todo, embora o objeto seja divisível. O parcelamento não pode conduzir à fuga ao procedimento de licitação. 2.17. É pacífico o entendimento desta Corte de Contas (Acórdãos 73/2003 2ª Câmara; 66/99 Plenário) no sentido de que as compras devem ser programadas pelo total para todo o exercício financeiro, observando o princípio da anualidade do orçamento, consoante o estabelecido no art. 8º, caput, da Lei nº 8.666/1993. Na situação sob exame constatase que não houve planejamento adequado das compras, na forma do inciso II do §7º do art. 15 da Lei nº 8.666/1993, ensejando o fracionamento da despesa, cujo total superou o limite fixado no art. 24, inciso II, do citado diploma legal. [ACÓRDÃO]9.4. determinar ao Coren/PA que: 9.4.1. observe o disposto nos arts. 8º, 15, §7º, inciso II; e 23, §§ 1º a 5º da Lei nº 8.666/1993, programando a despesa pelo total para todo o exercício financeiro, em atenção ao princípio da anualidade do orçamento, evitando fracionamentos ilícitos de despesa;” (Acórdão 3373/2006, de 21.11.06 Classe: VI Relator: Ministro Augusto Nardes FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO.).

“Contratações com indícios de irregularidades: 3 Fracionamento de despesas O fracionamento é prática vedada pelo § 5º do art. 23 da Lei n.º 8.666/93. Caracterizasse pela divisão da despesa com o propósito de utilizar modalidade de licitação inferior à recomendada pela lei para a totalidade dos gastos “ou para efetuar dispensas de certame, ocasionando contratações diretas sem disputa”. As licitações deflagradas ao longo do exercício financeiro, com vistas a um mesmo objeto ou finalidade, devem contemplar a modalidade de licitação “correspondente ao conjunto do que deveria ser contratado”. Com base nesse entendimento, o relator considerou presente, na gestão da SPRF/GO, irregularidade envolvendo fracionamento de despesas. No caso concreto, teria havido parcelamento de gastos com a aquisição de material de informática e com a contratação de serviços de reforma de rede elétrica mediante o uso de dispensas de licitação para atender a postos policiais localizados em diversos municípios do Estado, contemplando valores individuais abaixo de oito mil e de quinze mil reais, respectivamente. Considerando que os valores envolvidos eram de baixa representatividade, decidiu a Primeira Câmara expedir tão somente determinações corretivas à SPRF/GO”. (Acórdão n.º 589/20101ª Câmara, TC032.806/20083, rel. MinSubst. Marcos Bemquerer Costa, 09.02.2010).

Assim, cabe à Administração, com base no planejamento detalhado que deve nortear sua atuação na área de aquisição de bens e serviços, demonstrar que não realizou nem pretende realizar, no exercício financeiro, contratações do mesmo objeto ou objeto de natureza similar que, somadas, ultrapassem o limite máximo legal.

No mesmo sentido, a orientação do TCU, segundo a qual deve ser analisado o planejamento das contratações de bens e serviços do órgão para aquele exercício financeiro.



ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

“9.9.3 realize planejamento de suas contratações a partir de dados históricos e de estimativas futuras, de modo a permitir a realização de devido procedimento licitatório, na modalidade adequada, com vistas à contratação de serviços, obras e aquisições, evitando o fracionamento das despesas e fuga à licitação, em cumprimento ao art. 37, XX da Constituição Federal e art. 2º da Lei nº. 8.666/93”. (Acórdão nº 2.219/2010 – Plenário).

Portanto, à vista de todos os aspectos elencados, conclui-se que a inexistência de fracionamento será verificada se, para determinado objeto – aí incluso os bens ou serviços de natureza similar –, não houve contratações prévias no exercício, nem há previsão de contratações posteriores, em valor global superior ao limite legal.

A Administração deverá identificar, dentro do que for previsível, os objetos de mesma natureza ou natureza similar a serem contratados ao longo do exercício financeiro, utilizando a modalidade pertinente ao somatório dos valores estimados; quando se estiver diante de contrato com possibilidade de prorrogação (art. 57, I, II e IV, da Lei nº 8.666/93), deve se considerar todo o período de possível duração do contrato. Será possível dividir as contratações em tantas parcelas quantas forem econômica e tecnicamente viáveis, desde que respeitada a modalidade correspondente ao todo, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.666/93.

Com efeito, parece ser esse o melhor entendimento, considerando o dever da Administração de prever e planejar seus gastos, aplicando os recursos públicos da melhor forma possível.

Anote-se que, por "natureza" dos bens e serviços, para fins de verificar a similaridade, deve se entender espécie de um gênero. Exemplificando: sabão, detergente e desinfetante não são idênticos entre si, mas guardam fortes traços de similaridade, pois são todos do gênero "materiais de limpeza". Portanto, é dever do Gestor da Pasta solicitante planejar, monitorar, gerir, fiscalizar e praticar os atos administrativos necessários aptos a impedir que aconteça a aquisição como as aqui tratadas por similaridades.

A motivação do ato

Merece destaque a motivação do ato que ocasiona a contratação direta. A ausência de motivação especificada importa em anulabilidade do ato. No caso em tela, há a justificação. Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos da decisão. Destaco que NÃO COMPETE a esta Assessoria motivar o ato ou decidir por deixar de licitação, tratando-se única e exclusivamente de uma decisão administrativa, que foge as atribuições funcionais e legais desta assessoria jurídica.

Sobre a instrução do processo de dispensa de licitação

De um modo geral, a instrução dos processos de contratação direta precisa obedecer às regras contidas no artigo 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos.

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;**
- II razão da escolha do fornecedor ou executante;**
- III justificativa do preço;**
- IV documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.**

Analisando-se esse dispositivo, vê-se que a situação da dispensa prevista no inciso I do artigo 24 da mesma lei não foi tipificada no artigo transcrito. Isso, em tese, poderia levar ao entendimento de que não seria necessário instruir os presentes autos com as exigências ali referidas.

No entanto, a interpretação sistemática leva a outro entendimento. Em outros termos, é necessário, mesmo na hipótese do inciso I do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, seguir o regramento do artigo 26 dessa mesma lei, ao menos naquilo em que for aplicável. É que, por princípio, mesmo nessa hipótese de dispensa a contratação direta não consiste em oportunidade concedida pela lei para que a Administração realize contratações inadequadas ou prejudiciais ao interesse público. Bem por isso, assim já decidiu do TCU:



ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO

“Em qualquer contratação efetuada com dispensa de licitação, observe, com rigor, o disposto no art. 26 da Lei 8.666/93, de modo que sejam devidamente justificados os motivos da escolha do fornecedor ou executante e os preços pactuados.” (Decisão nº 30/2000, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira.)

Sobre a regularidade fiscal da empresa a ser contratada

Para contratar, ainda que via dispensa em razão do valor, é necessário que as empresas contratadas estejam com sua regularidade fiscal, previdenciária, trabalhista e FGTS em dia. No caso em tela, a Administração realizou tais pesquisas, apresentando-se o futuro contratado regular;

Outros requisitos

Todavia, imprescindível é a pesquisa de mercado, bem assim a comprovação, por parte da empresa a ser contratada, de todas as certidões de regularidade, atualizadas. Nesse sentido, determinação do TCU:

Apresente, quando das contratações por exclusividade, justificativa detalhada dos critérios técnicos e objetivos para a escolha do fornecedor, abstendo-se de aceitar atestado de exclusividade que não abranja todo o objeto contratado, bem como que verifique a veracidade do conteúdo das declarações prestadas no atestado de exclusividade, realizando pesquisa no mercado, fazendo constar do processo a documentação comprobatória. (TCU, Acórdão nº 2.960/2003, 1ª Câmara.) (Grifamos.)

De forma mais didática, o TCU estabeleceu quais seriam os requisitos para a contratação direta, concluindo: além da adoção das formalidades previstas no art. 26, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, são pressupostos da aplicação do caso da dispensa, preconizado no art. 24, IV, da mesma lei: a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; a.2) que exista urgência concreta e efetiva do atendimento da situação decorrente do estado emergencial ou calamitoso, visando afastar o risco de danos a bens ou à saúde ou à vida de pessoas; a.3) que o risco, além de concreto e efetivamente provável, mostre-se iminente e especialmente gravoso; a.4) que a imediata efetivação, por meio de contratação com terceiro, de determinadas obras, serviços ou compras, segundo as especificações e quantitativos tecnicamente apurados, seja o meio adequado, efetivo e eficiente de afastar o risco iminente detectado. (TCU, Decisão nº 347/1994, Plenário, Rel. Min. Carlos Átila da Silva.)

Todos esses requisitos deságuam no cerne da questão: contratação de empresa sem licitação, por dispensa, sem a realização de ampla concorrência, com base em situação emergencial. Todavia, a análise da conveniência e oportunidade da contratação – mérito administrativo – foge aos conhecimentos jurídicos insculpidos neste *legal opinion*. Como dito, não cabe ao advogado público, ao exarar parecer, proferir opiniões distraídas do que a *expertise* jurídica lhe permite profligar.

É que o advogado público ou similar, quando chamado a dar uma consulta jurídica nos autos de um processo administrativo, opina. Ele simplesmente opina. Logo, o agente público que decidirá o caso submetido à consulta do advogado é que emitirá o ato administrativo de cunho decisório.

O ato deverá ser comunicado, dentro de três dias, à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos autos. “O ato que autoriza a contratação direta e estabelece as condições de sua formalização deve ser levado à publicação”.

O processo deve ser instruído com a razão da escolha do fornecedor ou executante e com a justificativa de preço. A validade da contratação depende da verificação da razoabilidade do preço a ser desembolsado pela Administração Pública. No caso em tela, há nos autos certidões negativas, orçamentos, requisição de fornecimento e outros documentos.

Por fim, deve-se atentar para as exigências elencadas no art. 55 da Lei nº 8.666/93, é dizer, as cláusulas necessárias em todo e qualquer contrato, portanto, mesmo tratando-se de dispensa, RECOMENDA-SE a formalização de CONTRATO, no qual conste TODAS AS CLÁUSULAS LEGAIS e demais necessárias a perfeita execução do objeto.

OBS: DESTACO É QUE IMPRESCINDÍVEL QUE O SECRETÁRIO solicitante observe o objeto contratado de forma a evitar nova solicitação de dispensa de licitação incidindo em parcelamento indevido e em falta de planejamento, pois NÃO COMPETE a essa Assessoria Jurídica monitorar o que já foi comprado por qual secretaria, por qual modalidade ou por dispensa de licitação, é DEVER do gestor da Pasta/Secretaria fazer a gestão da coisa pública.



**ESTADO DE SANTA CATARINA
PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MONTE CASTELO**

DA NATUREZA DO PARECER JURÍDICO

Faço constar que quando julgamento do Mandado de Segurança 24.631-6, no voto condutor do acórdão, o relator, o ministro Carlos Velloso, entendeu que o parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública **não é ato administrativo. É, sim, uma opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica que orientou o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo. Trata-se, assim, de opinião não vinculante**, a qual o administrador não estava adstrito, não podendo o advogado público ser responsabilizado solidariamente com este. Foi fundamento para a decisão o artigo 2º, parágrafo 3º do Estatuto da OAB.

No MS 29.137, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, que também tinha por pano de fundo o parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666/1993. No voto, a ministra assim tratou da distinção entre atos vinculantes e opinativos:

“É certo que, em matéria de licitações e contratos administrativos, a manifestação dos órgãos de assessoria jurídica não se limita à mera opinião, mas à aprovação ou rejeição da proposta. Contudo, embora seja obrigatória a submissão do contrato e, eventualmente, de seu termo aditivo, ao exame de legalidade pelo órgão de assessoria jurídica, sua manifestação favorável não ganha contorno de vinculatividade capaz de subordinar a atuação do gestor público, compelindo-o a praticar o ato. Por outro lado, se o parecer técnico-jurídico for desfavorável, seu teor vincula o gestor público, impedindo-o de celebrar o ajuste ou tornando-o exclusivamente responsável pelos danos que dele possam advir.

DA IMPOSSIBILIDADE DO FRACIONAMENTO DE DESPESAS/CONTRATAÇÃO

Destaca-se que NÃO COMPETE a esta Assessoria jurídica monitorar as contratações e despesas de forma a evitar fracionamentos indevidos, daí a necessidade da elaboração de um [plano anual de contratações – PAC](#), devidamente documentado, e que permita não apenas melhor controle das despesas de mesma natureza, previsíveis, ao longo do exercício, mas também outros ganhos, sobretudo uma gestão mais eficiente das contratações – aprimoramento da logística, redução de entraves burocráticos, identificação de possíveis ganhos de escala em razão da realização de contratações conjuntas, entre outros.

DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, uma vez atendidas as recomendações apontadas neste Parecer Referencial, e resguardados o juízo de conveniência e oportunidade do Administrador, nos limites da Lei, e as valorações de cunho econômico financeiro, ressalvadas, ainda, as questões de ordem fática e técnica, ínsitas à esfera administrativa, essenciais até mesmo para a devida atuação dos órgãos de controle, o procedimento estará apto para a produção de seus regulares efeitos, manifestando-se essa assessoria pela sua continuidade do procedimento, obviamente, sem exercer o juízo de mérito.

Submeta o ato a autoridade à AUTORIDADE COMPETENTE nos termos do artigo 26, da Lei nº 8.666/93 e adote-se o procedimento nele previsto, por analogia.

**É o Parecer.
Sub censuram.**

De Joinville (SC), para Monte Castelo - SC, 10 de novembro de 2023.

Marcelo Feliz Artilheiro
Assessor Jurídico
OAB/SC 16.493