



PARECER JURÍDICO

Processo 2024-B90SL

REQUERENTE: SEMUR – Secretaria Municipal de Obras e serviços Urbanos

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO N. 027 – PMAV

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, INC. I
DO ART. 74 DA LEI N. 14.133/2021 –
FORNECEDOR EXCLUSIVO – EDP –
CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS –
CONTRATO ESPECÍFICO –
VIABILIDADE DA CONTRATAÇÃO.

I - RELATÓRIO:

Trata-se do requerimento de análise jurídica acerca do pedido oriundo da Secretaria Municipal de Obras e Serviços Urbanos, a qual requer contratação para execução de realocação de rede de iluminação pública na comunidade Vila Nova, por inexigibilidade de licitação.

Destacam-se os seguintes documentos nos autos:

- Declaração de desnecessidade de contrato – Peça #31;
- Estudo Técnico Preliminar – Peça #14;
- Termo de Referência – Peça #15;
- Autorização condicionada do Chefe do Executivo – Peça #23;
- Reserva Orçamentária – Peça #20.

É breve o relatório.

II – DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO:

As compras e contratações das entidades públicas seguem obrigatoriamente um regime regulamentado por Lei.

O fundamento principal que reza por esta iniciativa é o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, no qual determina que as obras, os serviços, compras e alienações devem ocorrer por meio de licitações.

A licitação foi o meio encontrado pela Administração Pública, para tornar isonômica a participação de interessados em procedimentos que visam suprir as necessidades dos órgãos públicos acerca dos serviços disponibilizados por pessoas físicas e/ou pessoas jurídicas nos campos mercadológicos distritais, municipais, estaduais e nacionais, e ainda procurar conseguir a proposta mais vantajosa às contratações.



Para melhor entendimento, veja o que dispõe o inciso XXI do Artigo 37 da CF/1988:

(...)

“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.”

Para regulamentar o exercício dessa atividade foi então criada a Lei Federal nº 14.133 de 1º de abril de 2021, mais conhecida como Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

O objetivo da licitação é contratar a proposta mais vantajosa, primando pelos princípios da legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade e publicidade. Licitar é regra.

Entretanto, há aquisições e contratações que possuem caracterizações específicas tornando impossíveis e/ou inviáveis as licitações nos trâmites usuais, frustrando a realização adequada das funções estatais.

Na ocorrência de licitações impossíveis e/ou inviáveis, a lei previu exceções à regra, as dispensas de licitações e a inexigibilidade de licitação, a qual trata a presente consulta que presta opinião esta procuradoria, havendo, pois, impossibilidade jurídica de competição. Trata-se de certame realizado sob a obediência ao estabelecido no art. 74 da Lei n. 14.133/2021, onde se verifica ocasião em que é cabível a inexigibilidade de licitação:

“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 comercial 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 comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.



Apesar de listados nos incisos os casos expostos pela lei são taxativos de maneira que há ampliação dos fatos que envolvem a inexigibilidade da licitação aos atos que impendem impossibilidade de competição conforme descrito no *caput* do art. 74, não se trata apenas de serviço singular, mas ser esta empresa a única apta a realizá-lo.

Assim, competição mostra-se inviável de maneira que possibilita a inexigibilidade do processo licitatório.

No caso em questão verifica-se o fato de a presente contratação estar dentro dos limites estabelecidos no § 1º do art. 74, o que justifica a contratação direta.

De outra parte há de ser devidamente justificado o preço do serviço contratado, como expressamente redigido pelo art. 72, sendo obrigatório o levantamento sobre as condições do mercado servindo de norteamto da contratação.

Diz o art. 72 da lei 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:

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.”

Os atos em que se verifique a dispensa de licitações são atos que fogem ao princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação, consagrando-se como



MUNICÍPIO DE **ATÍLIO VIVACQUA**

exceções a este princípio. Assim, este tipo de ato trata-se de ato discricionário, mas que devido a sua importância e necessidade extrema de idoneidade, se submete ao crivo de devida justificativa que ateste o referido ato.

III – PREÇO:

O critério do menor preço deve presidir a escolha do adjudicatário direto como regra geral, e o meio de aferi-lo está em juntar aos autos do respectivo processo pelo menos 03 (três) propostas.

A despeito desta assertiva, o TCU já se manifestou:

“adotar como regra a realização de coleta de preços nas contratações de serviço e compras dispensadas de licitação com fundamento no art. 24, inciso II, da lei n. 8.666/93” (Decisão nº 678/95-TCU-Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha. DOU de 28. 12.95, pág. 22.603).

“Proceda, quando da realização de licitação, dispensa ou inexigibilidade, à consulta de preços correntes no mercado, ou fixados por órgão oficial competente ou, ainda, constantes do sistema de registro de preços, em cumprimento ao disposto no art. 26, parágrafo único, inciso III, e art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, os quais devem ser anexados ao procedimento licitatório (...).” Acórdão 1705/2003 Plenário.

No caso em questão verificamos, como já foi dito, tratar-se de situação pertinente a inexigibilidade de Licitação.

De acordo com as diretrizes do Tribunal de Contas da União, como pode ser visto acima, a orientação é que no caso de dispensa e inexigibilidade seja obedecida à coleta de preços, que por analogia deve obedecer ao procedimento da modalidade convite que exige no mínimo três licitantes, ou trazendo aos autos notas fiscais de prestação e dos serviços equivalentes ou dos bens fornecidos na Região do município nos últimos meses, justificando pois o preço e ao após sem dispensa das exigências que reza o art. 62 da lei 14.133/2021, em seus incisos I, II, III, IV.

- **Habilitação jurídica,**
- **Qualificação técnica,**
- **Qualificação econômico-financeira, e**
- **Regularidade fiscal**

IV – DA MINUTA DO CONTRATO:

Não se desconhece os termos do art. 95 da Lei 14.133/21, porém no caso vertente vejo como necessária a confecção de contrato entre as partes, uma vez que deve ser bem delineado prazo extensão quantitativo do serviço a ser prestado,



MUNICÍPIO DE **ATÍLIO VIVACQUA**

entendo haver complexidade na demanda e necessidade de formalização contratual, apesar da manifestação da responsável pelo Núcleo de contratos.

Destaco ainda a existência de minuta já assinada pelo Prefeito Municipal e chamo a atenção para o fato de que deve o contrato respeitar os termos do art. 92 e conter todos as cláusulas obrigatórias em especial o prazo e garantia da obra a ser realizada, conforme art. 107 da Lei 14.133/21.

O art. 107 da lei n. 14.133/2021 assim dispõe sobre a duração dos contratos, vejamos:

“Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.”

No processo em tela, há dispensa da elaboração da minuta de contrato.

VI – DO ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR:

Indispensável a pretensão de contratação pública por dispensa de licença de licitação o Estudo Técnico Preliminar – ETP, deve trazer elementos suficientes a justificá-la, bem como justificar a própria dispensa em si.

O ETP deve trazer descrição da solução pretendida, viabilidade e o dimensionamento do fornecimento, deve ainda, estimar o valor da contratação a fim de aferir a capacidade financeira do ente contratante e ainda analisar o risco da contratação, de modo a pavimentar o sucesso da solução a apresentada através da presente contratação.

Em parceria ao termo de referência o ETP traz a construção dos fundamentos e real necessidade do ente público ao produto/serviço pretendido e indica a forma de contratação necessária especificando as obrigações das partes envolvidas.

Verifico nos autos a presença do ETP devidamente fundamentado, assim como do termo de referência garantindo o fácil entendimento da justificativa pública pelo pleito.

VII – DA CONTRATAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO:

O artigo 42, da Lei de Responsabilidade Fiscal determina, de forma peremptória, que as despesas assumidas no último ano do exercício devem ser suportadas pelos recursos financeiros existentes até o dia 31 de dezembro ou referentes a esse período.

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação



de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

Ou seja, nos compromissos dos últimos dois quadrimestres, somente serão suportados aqueles com recursos financeiros arrecadados ou a arrecadar até o último dia de 2024.

Analisa-se os novos contratos prevista na Lei de Licitações 14.133/21, especialmente trazendo à baila a interpretação constante nos termos do artigo 105, 106 e 107 referente as contratações e eventuais prorrogações no último ano do mandato:

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.

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

§ 1º A extinção mencionada no inciso III do caput deste artigo ocorrerá apenas na próxima data de aniversário do contrato e não poderá ocorrer em prazo inferior a 2 (dois) meses, contado da referida data.

§ 2º Aplica-se o disposto neste artigo ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática.

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.



MUNICÍPIO DE **ATÍLIO VIVACQUA**

Os artigos 105, 106 e 107 trazem as exceções à regra dos contratos em geral, enumerando aqueles que a vigência pode ultrapassar os limites dos créditos orçamentários, ou seja, são os contratos pagos por regime de competência, do artigo nº 35, da Lei nº 4320/1964.

Os contratos e obrigações podem ser assumidos nos estritos termos da existência de limites do orçamento. Não podem ser efetivados contratos que ultrapassem esse limite. Essa é a regra geral, que o artigo 107 modifica, incluindo exceções.

Essas exceções incluem-se no regime orçamentário do artigo nº 35, da Lei nº 4320/64, que é o caso do regime de competência, que são empenhados no tempo de sua efetividade. Eles não são empenhados antes porque o serviço ainda não foi prestado. Serão incluídos, por conseguinte, no orçamento vindouro.

Os contratos que são as exceções dos artigos 105 e 107, são contratos de natureza continuada, em que a prestação de serviços ou o atendimento ao ente, tem que ser feito, obrigatoriamente no mês ou ano em que a obrigação está vigendo.

Não tem como, por exemplo, a utilização de um software acontecer antes do período previsto. E também não tem como a administração ser obrigada a realizar uma nova licitação, abrindo mão da prorrogação contratual permitida, só para se cumprir a regra do artigo nº 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal. No mínimo seria um contrassenso, que ofenderia aos princípios da eficiência e até da economicidade, já que um novo contrato poderia custar mais aos cofres públicos.

A regra é o cumprimento do preceito do artigo nº 42 da LRF, porém há interpretações a suportar esse entendimento, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por meio da Deliberação nº 248/2008, fixou os parâmetros para o encerramento do mandato, determinando aos jurisdicionados, dos municípios fluminenses, que explicitassem quais contratos estariam atentos a esse ditame.

O TCE/RJ desde o ano de 2002, quando se constituiu uma comissão especial para analisar a Lei de Responsabilidade Fiscal, produziu alguns enunciados que são usados pelos jurisdicionados fluminenses, dentre eles, destaca-se o abaixo transcrito, constante de inúmeros processos em que a corte enfrentou a questão, mas destaquemos dois, o processo nº 208.615-1/2004 e o processo nº 303.285-4/2001, sendo este último, da relatoria do Conselheiro Sergio Quintela:

8 – É permitido ao gestor, em final de mandato, contrair obrigação de despesa relativa a serviço contínuo preexistente, que seja essencial à manutenção da Administração, cuja duração se estenda além de um exercício, pois algumas dessas despesas ocorrem em período coincidente com o fim de mandato de gestores públicos, face, por exemplo, a término de contratos. Objetivando assim não descontinuar as ações da máquina administrativa e até propiciar a esta meios de obter melhores condições nos processos licitatórios, entendo que as despesas relativas a serviços contínuos, desde que pré-existent e essenciais à manutenção da Administração (e somente com a conjunção destas duas condições), não



MUNICÍPIO DE
ATÍLIO VIVACQUA

se prendem integralmente ao art. 42 da Lei Complementar nº 101/2000, no tocante a sua assunção e duração.

Ao gestor cabe atestar nos autos do processo que originará o contrato, quer seja a partir de uma nova licitação, quer seja a prorrogação de um contrato, que os contratos que adentrarão nos meses do próximo mandato, em sequência ao término do último exercício financeiro do atual, devem conter as características seguintes:

1) Serviços ou contratos de natureza contínua;

2) Imprescindíveis ao funcionamento da administração;

3) Preexistentes no período anterior aos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato;

4) Estejam inseridos no rol dos contratos constantes do artigo nº 57 da Lei de Licitações.

5) Exista recursos financeiros/orçamentários para contemplar as parcelas exigíveis dentro dos meses do último ano do mandato, até a parcela do mês de dezembro.

VIII – CONCLUSÃO:

Diante do exposto, tenho que a pretensão ora sob análise encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, a qual, todavia, depende da aferição da efetiva ocorrência das situações fáticas e legais acima destacadas, e recomendações expostas anteriormente, sendo que esta Procuradoria só recomenda que ocorra a pretendida contratação após a observância das situações e realizações das recomendações citadas.

Assim, após o preenchimento dos requisitos elencados anteriormente, e não cabendo a esta Procuradoria manifestar-se quanto à motivação da Administração para a pretendida contratação, não vejo óbice à continuidade do presente processo, **contudo RECOMENDO, ainda, atendimento aos requisitos legais abaixo discriminados para plena regularização do feito, sem os quais essa Procuradora não recomenda a continuidade do presente:**

- Respeito aos procedimentos de contratação por dispensa/inexigibilidade de licitação constantes do anexo I das IN 01/2023 e 02/2023.

Cumprе realçar que caso a área técnica competente discorde das orientações ou posicionamentos emanados deste pronunciamento, deverá carrear aos autos as justificativas necessárias.



De outro lado, estando de acordo, deverá, o Secretário da pasta, certificar o atendimento das sugestões acima destacadas, sem a necessidade de retorno do feito, em nenhuma das hipóteses, a esta Consultoria Jurídica, consoante entendimento do Tribunal de Contas da União, abaixo anotado:

Ressalto, por derradeiro, que o presente Parecer tem caráter opinativo acerca da viabilidade jurídica do pleito ora apresentado, visto que as manifestações do advogado público não são deliberativas nem vinculam o requerente, ficando a decisão a cargo da autoridade superior ordenadora da despesa (STF. Mandado de Segurança nº 30928-DF. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 02 de fevereiro de 2012).

Atílio Vivacqua/ES, 29 de novembro de 2024.

André Luiz de Barros Alves
Procurador Municipal
OAB ES 10407
Mat. 160533



Documento original assinado eletronicamente, conforme MP 2200-2/2001, art. 10, § 2º, por:

ANDRÉ LUIZ DE BARROS ALVES
PROCURADOR GERAL
PGM/GAB - PGM - PMAV
assinado em 29/11/2024 10:26:03 -03:00



INFORMAÇÕES DO DOCUMENTO

Documento capturado em 29/11/2024 10:26:03 (HORÁRIO DE BRASÍLIA - UTC-3)
por ANDRÉ LUIZ DE BARROS ALVES (PROCURADOR GERAL - PGM/GAB - PGM - PMAV)
Valor Legal: ORIGINAL | Natureza: DOCUMENTO NATO-DIGITAL

A disponibilidade do documento pode ser conferida pelo link: <https://e-docs.es.gov.br/d/2024-W5P4TN>