Sinimbu, 30 de setembro de 2024

Parecer: 27/2024 – Licitação Inexigibilidade/dispensa.
Referência: Assinatura de jornal impresso.

Vem a esta Assessoria Jurídica, pedido de parecer quanto a "emissão de parecer jurídico de dispensa de licitação" sobre o formato possível de contratação de aquisição de assinatura anual de Jornal impresso". Todavia a justificativa, narra "a justificativa para a ação da aquisição pela inexigibilidade"

De partida convém frisar que, o parecer, a análise técnico jurídica é vinculada à atividade prevista legalmente da função da advocacia, Lei Federal n. 8.906/94, devendo ser observada a isenção do profissional e o seu caráter opinativo (Art. 2o, § 3o da Lei referida), sendo que a presente manifestação limitar-se-á à dúvida estritamente jurídica "in abstrato", 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, oportunidade e discricionariedade da Administração. Como informa o ACÓRDÃO 648/2007 – TCU o "parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa". (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª. ed., p. 377). Ou seja, trata-se de ato meramente opinativo.

De partida ressalta-se, o afastamento da regra do processo de licitação, ocorre através de mecanismos legais e procedimentais distintos, dispensa e inexigibilidade, previstos na lei de licitações. Dispensa ocorre na forma do art. 75, e tem como lógica o enquadramento do caso concreto nas possibilidades legais instituídas – embora seja possível licitar, há a possibilidade de dispensar. Já a inexigibilidade, a lógica básica é distinta, não há possibilidade de licitar, pois verifica-se em tese a ausência de competição, vejamos "Art. 74. É inexigível a licitação **quando inviável a competição**, em especial nos casos de:"

Assim, no caso em concreto pelo valor é possível aplicar a dispensa, ressalvados os procedimento e verificações legais. Por outro lado, se, a administração entender, motivar e

comprar que, inexiste possibilidade de competição, seria em tese possível a inexigibilidade.

A inexigibilidade de licitação demanda muita atenção, tanto para verificar o valor praticado, quanto, e em especial, **se realmente há plena certeza e convicção de que apenas uma empresa**, atende a demanda o objeto específico.

Quanto ao formato, a inexigibilidade de licitação está prevista no art. 74 da lei de licitações, a saber:

> 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;
>
> II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;
>
> III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
>
> a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
>
> b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
>
> c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
>
> d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

§ 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.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se de

> notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.
>
> § 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

O primeiro aspecto a ser avaliado em uma inexigibilidade de licitação, base para a decisão da gestão, é a convicção do gestor, a partir de prova documental (inclusive declarações), do núcleo do *caput*, qual seja, **"quando inviável a competição"**.

Então, cabe ao Setor de compras e licitações, ou a pasta solicitante por via de seus servidores de carreira **atestar documentalmente** que, **determinado prestador, é o único**, apto a realizar o objeto da contratação, gerando assim a inviabilidade de competição. É imprescindível uma ampla e profunda pesquisa, a fim de que o setor tenha certeza da ausência de competividade de que realmente o prestador pretendido é o único, o que poderia gerar o afastamento do processo normal de licitar.

Assim, é necessário que seja fartamente documentado que o prestador referido não só atende aos requisitos normais de contratação, mas que é o único apto a prestar os serviços objeto do futuro contrato, o que deve ocorrer na forma do dispositivo citado de lei acima. Cabe ao setor de compras ou a pasta solicitante comprovação de tal condição, antes de encaminhar a Gestão para decisão final.

Posto que, a situação em tela é verificar com certeza, e de forma documental a eventual ausência de competição, ou seja, que apenas determinada pessoa jurídica contratada teria condições de executar ações ou atividades previamente descritas como objeto do contrato e receber, posto que, a inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 75, da atual lei de licitações, se configura quando devidamente demonstrado, pelo órgão contratante, ser caso de

inviabilidade de competição, ou seja, que só um prestador ou entidade é capaz de executar determinado serviço ou ação.

Neste sentido, cabe citar sobre a inviabilidade de competição, as informações trazidas por Marçal Justen Filho, conforme citação na informação 551/2022 da DPM:

> A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável. Mais precisamente, a competição será inviável porque não há alternativas diversas para serem entre si cotejadas. (...) a inviabilidade de competição ocorre em casos em que a necessidade estatal apresenta peculiaridades que escapam aos padrões de normalidade. (...) Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar a licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação. (...) A decisão de contratar tem de ser antecedida de verificações acerca das diferentes soluções técnico-científicas disponíveis para atender ao interesse sob tutela estatal. Essa atividade administrativa prévia deverá conduzir à seleção de uma das alternativas como a melhor. A melhor alternativa deve ser avaliada não apenas sob o enfoque de critérios técnicos, mas também econômicos. Deve estabelecerse uma relação entre os benefícios qualitativos que serão obtidos e possíveis encargos financeiros com que o Estado arcará. Nada impede que a melhor solução técnica seja afastada em face de limitações orçamentárias. (...) Ou seja, o dever de considerar vantagens e encargos existe mesmo na fase interna da atividadeadministrativa, quando a Administração cogita de escolher dentre diversas alternativas para satisfazer suas necessidades. (...) Ressalte-se que a inviabilidade de competição apenas ocorre quando existir um único sujeito em condições de fornecer. Não basta haver uma patente de invenção, por exemplo, para produzir a inviabilidade de competição. É que se admite a possibilidade de outorga a terceiros da faculdade de valer-se dos direitos derivados da patente. Nada impede que um certo objeto, embora derivado de uma patente, seja produzido por diferentes fabricantes. A

existência de diferentes fornecedores estará caracterizada, então, o que gerará a possibilidade de competição entre eles.

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. Ou seja, não se mostra razoável exigir da Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação. Esse é um dos pontos fundamentais para a administração investigar, a suposta ausência de competição pela singularidade do serviço a ser contratado.

Marçal Justen Filho ao analisar a questão da singularidade, assim deixou assentado:

> A singularidade consiste na impossibilidade de encontrar o objeto que satisfaz o interesse sob tutela estatal dentro de um gênero padronizado, com uma categoria homogênea. Objeto singular é aquele que poderia ser qualificado como infungível, para valer-se de categoria da Teoria Geral do Direito. São infungíveis os objetos que não podem ser substituídos por outros de mesma espécie, qualidade e quantidade. Um objeto singular se caracteriza quando a sua identidade específica é relevante para a Administração Pública, sendo impossível sua substituição por "equivalentes". (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. ed. 19. Revista dos Tribunais - P. RL-1.8)

Eventual dúvida sobre algum caso específico, ou acerca da interpretação ou aplicação de normas, esta assessoria jurídica fica à disposição, para inclusive se for o caso ou achar conveniente uma reunião.

Assim, de forma conclusiva, caso a administração tenha a convicção, certeza e fundamente inclusive de forma documental, que apenas a empresa contratada tem condições de atender a demanda informa, ao nosso sentir, e *SMJ.*, é possível a aplicação do art. 74 da lei 14.133/2021, frisando a necessidade de configuração clara, certa e documental da ausência de competição, posto que a regra da lei licitações e da Constituição é a certame público.

Alguns alertas, ao setor de compras/licitações, caso a decisão seja pelo afastamento

do certame:

a) **Documentar a singularidade da contratação, no caso a ausência de competição** – que apenas uma empresa tem condições de executar o objeto – sob a responsabilidade do setor de compras;

b) A previsão que veda a subcontratação: § 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

c) Verificar o cumprimento dos decretos municipais atinentes ao processo de compras, em especial o de nº 3.008/2024;

d) Questão do valor: Caso a decisão seja de contratar por via da inexigibilidade de licitação, há ressaltar ainda, a questão do preço do serviço, ou seja, de que o valor contratado seja compatível com a lógica do mercado, visando garantir a economicidade, verificando se a empresa pratica preços semelhantes a órgãos públicos ou privados, mediante por exemplo cópia de notas fiscais. Atenção a previsão da lei de licitações, art. 23 " §4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo".

e) Em arremate, caso a avaliação e decisão seja pelo afastamento do processo licitatório, tal procedimento não exime a administração de proceder nos demais atos previstos na lei de licitações, e em especial quanto as ações do art. 18, documentação mínima necessária prevista no art. 68 e 72 da lei 14.133/2021.

f) Previsão da contração constar do plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 da lei de licitações;

g) Da necessária publicidade de todos os atos necessários previsto na Lei n.º 14.133/21, no que tange a divulgação do processo e do contrato, em especial citamos LICITACON, em sítio eletrônico oficial, diário oficial Municipal.

Por outro lado, caso a opção seja por dispensa de licitação é fundamental verificar que, em regra, a Constituição Federal determinou no art. 37, inciso XXI, que as obras, serviços, compras e alienações da Administração Pública devem ser precedidos por licitação, como se pode extrair da transcrição da redação do dispositivo ora citado.

Convém observar que a Lei nº. 14.133, de 1º de abril de 2021, ao regulamentar o art. 37, XXI, da Constituição Federal, especifica algumas exceções em que a licitação é dispensada, dispensável ou inexigível. Com relação à licitação dispensável, as hipóteses estão previstas no art. 75 da Lei nº. 14.133/21. Nesses casos, a licitação é viável, tendo em vista a possibilidade de competição entre dois ou mais interessados. Todavia, o legislador elencou determinadas situações em que a licitação pode ser afastada, a critério do administrador, para atender o interesse público de forma mais célere e eficiente.

Importante destacar deste expediente o seguinte: a) Jurídico não tem acesso ao volume e gênero de compras, mas alerta-se que há a necessidade de evitar fragmentação de dispensa e o necessário planejamento; b) Há a necessidade de verificar a possibilidade de tratar-se de serviço continuo a fim de avaliar todo o período possível de contratação em relação ao valor, a fim de evitar fragmentação de compra e dispensa de licitação inadequada.

Informou o solicitante que, o valor estimado da contratação seria de R$ 1.200,00, o que em tese, poderia ocorrer a aplicação do art. 75, inciso II da lei de licitações. Importante salientar a necessidade de compatibilização da compra com o planejamento, plano anual de contratação, a fim de evitar fragmentação de dispensa de licitação, posto que este setor desconhece os gastos com tal rubrica e programação de compras.

Nos moldes previstos no artigo 75, II, da Lei nº. 14.133/21, com atualização de valores via decreto, a licitação será dispensável quando a aquisição envolva o emprego de recursos inferiores a determinado montante previsto na lei, constante do site da União (que pode ser acessado em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm, onde consta a lei 14133/2021), no caso de outros serviços e compras. Sabe-se que cabe ao administrador fazer a análise do caso concreto, com relação ao custo-benefício desse

procedimento, levando-se em conta o princípio da eficiência e o interesse público que a contratação direta proporciona, e sua compatibilidade com o plano anual de contratações, a fim de evitar fragmentar a compra burlando o processo de licitação.

Contudo, ainda que se trate de contratação direta, faz-se necessária a formalização de um procedimento que culmine na seleção da proposta mais vantajosa e celebração de contrato na forma da lei, se for o caso.

Considerando o valor que foi informado pela administração, dado como menor preço de proposta, sem adentrar no mérito da contratação, em tese, e apenas em tese, *SMJ.*, poder-se-ia aplicar, no presente caso, hipótese de dispensa de licitação, prevista no art. 75, II, da Lei nº 14.133/2021, sendo importante verificar vigência dos valores quando da decisão. Assim, estaria abarcado pela referida possibilidade de dispensa, pelo montante, sendo em tese possível a contratação. Todavia, essa possibilidade é em tese, cabendo ao órgão solicitante para que, se entender necessária a continuidade da contratação, desde já solicitar uma licitação para a contratação, avaliando os exercícios passados, presentes e futuros, verificar a compatibilidade com o **plano de contratações anual**, programação de compras do ano, avaliar o **gênero** do que está sendo adquirido, visando o adequado planejamento, **e evitando a fragmentação das contratações**, e observância do necessário processo licitatório. Assim, o presente parecer jurídico é meramente opinativo, com o fito de orientar as autoridades competentes na resolução de questões postas em análise de acordo com a documentação apresentada, não sendo, portanto, vinculativo à decisão da autoridade competente que poderá optar pelo acolhimento das presentes razões ou não.

De qualquer forma cabe sempre a realização do seguinte alerta ao setor responsável e ao gestor, como já vem ocorrendo:

a) Pela necessidade de verificação do teto financeiro previsto em lei, para exercício e período de contratação período máximo, ou seja, relação entre valor de dispensa e contratação, no sentido de que a Administração verifique a legalidade do enquadramento da dispensa de licitação, que deve ser considerados dois aspectos: a natureza do objeto a ser contratado e o valor a ser gasto com objetos/gêneros de mesma natureza, durante todo o período de contratação e exercício (avaliando o

passado e planejando o futuro a fim de evitar fragmentação de dispensa e burla a regra de licitar), e não de forma singular, individualizada, consequência lógica do planejamento inerente à Administração Pública, e a compatibilidade com o plano de contratações anual. Com isso, fica o alerta de, ao serem realizadas as referidas dispensas com novos limites de valores, não se deixe de computar, no limite total, eventuais valores já contratados para objetos de mesma natureza, no exercício corrente, ou no período máximo de contratação, ou no período de possível planejamento, sob pena de caracterizar fracionamento de despesa, podendo ensejar apontamento dos órgãos de controle, inclusive em atenção ao disposto na parte final do dispositivo da lei anterior (8.666/93, mas que ainda é útil) "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". Tal previsão na nova lei possui a seguinte redação, art. 75 da 14.133/2021:

§ 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.

Deve-se ainda avaliar os exercícios passados, presentes e futuros, verificar a compatibilidade com o **plano de contratações anual**, programação de compras do ano, avaliar o **gênero** do que está sendo adquirido, visando o adequado planejamento, **e evitando a fragmentação das contratações**, e observância do necessário processo licitatório.

Casos em que, **a inobservância, torna este parecer negativo**;

b) A necessidade de existência de no **mínimo três orçamentos/propostas válidas**, contratando-se com o menor preço, além da avaliação da compatibilidade do preço com a lógica de mercado (pesquisa de preço em bancos de dados públicos, licitacon, outros contratos, PNCP, etc), e a observância do art. 75, "§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis,

com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa";

c) Previsão da contração constar do plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 da lei de licitações;

d) Verificar o cumprimento dos decretos municipais atinentes ao processo de compras, em especial o de nº 3.008/2024, bem como outras previsões da lei de licitações;

e) Caso a avaliação e decisão seja pelo afastamento do processo licitatório, tal procedimento não exime a administração de proceder nos demais atos previstos na lei de licitações, e em especial quanto as ações do art. 18, documentação mínima necessária prevista no art. 68 e 72 da lei 14.133/2021.

f) Da necessária publicidade de todos os atos necessários previsto na Lei n.º 14.133/21, no que tange a divulgação do processo e do contrato, em especial citamos LICITACON, em sítio eletrônico oficial, diário oficial Municipal.

Face ao exposto, *S.M.J.*, esta é a opinião, de forma que, encaminha-se a superior instancia para decisão, se assim entender, e como entender.

Na oportunidade, reiterarmos protestos de elevada consideração.

Sinimbu, 30 de setembro de 2024.

Fernando Pritsch Winck
OAB/RS 63.361