



000834

ESTADO DE SERGIPE.
FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE SÃO FRANCISCO
PARECER JURÍDICO OPINATIVO

DISPENSA N.º 07/2023.

OBJETO: *PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LICENÇA DE SOFTWARE COM MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA EM 01 RELÓGIO DE PONTO ELETRÔNICO, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE SÃO FRANCISCO.*

CONSULENTE: SETOR DE LICITAÇÕES

RELATÓRIO

Trata-se de requête originário do punho do Exmo. Sr. Presidente da Comissão Permanente de Licitação, acerca da regularidade da Dispensa de Licitação, colimando a "PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE LICENÇA DE SOFTWARE COM MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA EM 01 RELÓGIO DE PONTO ELETRÔNICO, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DO FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE SÃO FRANCISCO".

Assim, por força do art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, passa-se a realizar a análise jurídica.

PRELIMINARMENTE

Inicialmente é válido registrar que o exame jurídico prévio das minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes de que trata o parágrafo único do artigo 38, da lei n.º 8.666/93, é exame "que se restringe à parte jurídica e formal do instrumento, não abrangendo a parte técnica dos mesmos." (Tolosa Filho, Benedito de Licitações: Comentários, teoria e prática: Lei n.º 8.666/93. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 119).

Ressalte-se que o parecer jurídico visa a informar, elucidar, enfim, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos da administração ativa.

Cumpra esclarecer, também, que toda verificação desta Assessoria Jurídica especializada, tem por base as informações prestadas e a documentação



000035

ESTADO DE SERGIPE.

FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE SÃO FRANCISCO

encaminhada pelos órgãos competentes e especializados da Administração Pública. Portanto, tornam-se as informações como técnicas, dotadas de verossimilhanças, pois não possui a Assessoria Jurídica o dever, os meios ou sequer a legitimidade de deflagrar investigações para aferir o acerto, a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos a serem realizados, impulsionados pelo processo licitatório.

Toda manifestação expressa posição meramente opinativa sobre a contratação em tela, não representando prática de ato de gestão, mas sim uma aferição técnico-jurídica que se restringe a análise dos aspectos de legalidade nos termos do inciso VI do artigo 38 da Lei nº 8.666/93, aferição que, inclusive, não abrange o conteúdo de escolhas gerenciais específicas ou mesmo elementos que fundamentaram a decisão contratual do administrador, em seu âmbito discricionário.

Nota-se que em momento algum, se está fazendo qualquer juízo de valor quanto às razões elencadas pelos servidores que praticaram atos no intuito de justificar a referida contratação.

MÉRITO

A fundamentação legal para a contratação é a prevista no art. 24, II da lei 8.666/93, in verbis:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

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;."

Ao remetermos ao citado indicador normativo do art. 23, alínea "a" do inciso II, deparamos com o seguinte numerário, in verbis:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

*a) **convite** - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);*

Preteritamente o art. 22, I a III ganhou nova redação por força do Decreto Federal nº9.412 de 18 de junho de 2018, elevando o valor limite fixado



000035

ESTADO DE SERGIPE.

FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE SÃO FRANCISCO

na modalidade Convite para compras e serviços de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para R\$ 176.000,00 (Cento e setenta e seis mil reais), implicando na majoração do disposto no art. 23, alínea "a" do inciso II da mesma norma, que passou a figurar com limite de R\$ 17.600,00 (Dezessete mil e seiscentos reais).

Verificamos existir avaliação prévia do valor de mercado como determina o art. 24, II da lei 8.666/93, cabendo evidentemente ao pesquisador contrapuser erga singulum, sem deixar de fazer observação ao art. 96, V da lei 8.666/93.

Verificamos que foi apresentado o rol de documentos razoáveis para o presente certame, respeitando aqueles necessários para um processo de licitação comum, nos termos do art. 27 ao 30 da lei 8.666/93.

Não se aplica a possibilidade de ajustes verbais e prorrogações automáticas por prazo indeterminado, condição prevista no artigo 47 da Lei nº 8.245/1991, tendo em vista que (i) o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 8.666/1993, aplicado a esses contratos conforme dispõe o § 3º do art. 62 da mesma Lei, considera nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração e (ii) o interesse público, princípio basilar para o desempenho da Administração Pública, que visa atender aos interesses e necessidades da coletividade, impede a prorrogação desses contratos por prazo indeterminado;

A vigência e prorrogação deve ser analisada caso a caso, sempre de acordo com a legislação que se lhe impõe e conforme os princípios que regem a Administração Pública, em especial quanto à verificação da vantajosidade da proposta em confronto com outras opções, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666/1993.

No art. 24 da Lei n.º 8.666/93, com as modificações que lhe seguiram, foram estabelecidas vinte e nove situações em que é "dispensável" a licitação. Importante ressaltar que são hipóteses taxativas, não podendo o administrador ampliar discricionariamente o rol já elencado pelo legislador. A propósito, nesse sentido, colaciona-se novamente a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, in verbis:

"Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, numerus clausus, no jargão jurídico, querendo significar que são apenas aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação" (ob. cit., p. 289).

Ademais, por se tratar de norma de caráter geral, a legislação local (estadual ou municipal) não poderá acrescentar qualquer outra hipótese. Passemos a examinar as hipóteses mais significativas do extenso rol previsto na legislação correlata à matéria.

Inicialmente, a lei trata da dispensa em razão do valor do objeto a ser contratado. Neste caso, o valor do contrato não poderá exceder a dez por cento



000037

ESTADO DE SERGIPE.**FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE SÃO FRANCISCO**

do valor fixado para a modalidade de convite para serviços, compras, obras e serviços de engenharia (art. 24, I e II), como já esboçado.

Não se admite o fracionamento de contratações que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente e que conduza à dispensa de licitação. A dispensa em razão do reduzido valor do contrato se justifica somente em razão do princípio da economicidade que deve nortear todos os atos administrativos. Nesse sentido, Marçal Justen Filho explica o seguinte: "A pequena relevância econômica da contratação não justifica gastos com uma licitação comum" (ob. cit., p. 236).

Outra questão envolve a modificação do valor em momento posterior à contratação direta e que conduza à superação do limite previsto no art. 24, I e II, acima referido. Assim se têm entendido que eventual alteração que vise equilibrar a equação econômico-financeira do contratado não desnatura os valores originariamente previstos ou imaginados pelo administrador. O que se deve evitar são as alterações previsíveis, ou seja, que poderiam ser estimadas com certa antecedência. Não se admite que a Administração utilize a contratação direta em razão do reduzido valor do contrato e, em seguida, se valha do expediente de elevação do preço contratual. A esse respeito, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes faz a seguinte observação:

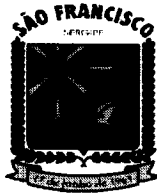
"Se o administrador utiliza-se do artifício de ajustar o contrato com dispensa de licitação para depois aletrá-lo, fazendo crescer o objeto do contrato nos limites permitidos do art. 65 §1.º, e, em decorrência, extrapola o valor do limite que o inciso I do art. 24 autoriza, sua conduta pode ser tipificada como crime, ensejando a punição sob esse aspecto, além da anulação do contrato e recomposição do erário, caracterizando-se também prejuízo" (ob. cit., p. 293).

O busílis da questão, contudo, se encontra justamente em justificar a escolha do prestador e o preço entabulado para como contraprestação ao serviço requestado.

Uma questão que é trazida à discussão por boa parte da doutrina em razão dessa hipótese de dispensa diz respeito à licitação e os cartéis. De acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, "esse inciso põe em confronto um dos procedimentos mais bem regulados do Direito Administrativo e sua relação com a agregação informal e criminosa de industriais e comerciantes, objetivando inviabilizar a competição e a livre concorrência pretendida pelo processo licitatório" (ob. cit., p. 352).

A cartelização visando suprimir a livre concorrência afigura-se como uma das mais odiosas formas de abuso de poder econômico. A Lei nº 8.666/93 tipificou a conduta como crime no art. 96, in verbis:

"Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:



000038

ESTADO DE SERGIPE.
FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE SÃO FRANCISCO

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa."

Nesta situação, ficando caracterizado que todos os ofertantes cotaram preços abusivos, a Administração poderá contratar diretamente e, além disso, deverá responsabilizar os licitantes com a declaração de idoneidade, com fulcro no art. 87, IV, c/c art. 88, II e III, da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da responsabilização criminal cabível, fato não observado nas peças a mim apresentado.

Ao ver dessa Consultoria Jurídica, a circunstância que se arvora no presente casuismo amolda-se, objetiva e perfeitamente, à hipótese contida na dicação da norma supramencionada, de modo a autorizar a encarecida contratação.

Noutro giro verbal, cumpre assoviar, por oportuno e necessário, que o instituto da dispensa de licitação deve ser utilizado de modo a atender ao Princípio da Unidade Orçamentária, e desde que respeitado, de igual modo, o Princípio da Anualidade. Diante disso, recomendo firme exame acerca do respeito aos vetores axiológicos, notadamente para que se proscruva eventuais fracionamentos indevidos.

CONCLUSÃO

No mais, entendo que os demais procedimentos foram adotados.

Posto isso, resguardado o poder discricionário da Administração Pública quanto à conveniência e oportunidade da prática do ato administrativo, opino pela APROVAÇÃO DA SITUAÇÃO DE DISPENSA, desde que atendidas as recomendações constantes deste parecer.

É o parecer SMJ.

São Francisco, SE, 01 de março de 2023.


Marcus Vinicius Magalhães dos Santos

OAB/SE 7.973

OAB/BA 56.568