



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA
PF UNIPAMPA
AV. GEN. OSÓRIO, 900 - CENTRO - CEP 96.400-100 - (53) 3240.5410

PARECER n. 00089/2024/PFUNIPAMPA/PGF/AGU

NUP: 23100.010067/2024-13

INTERESSADOS: UNIPAMPA - PRÓ-REITORIA DE PLANEJAMENTO, ADMINISTRAÇÃO E INFRAESTRUTURA - PROPLADI

ASSUNTOS: DEMAIS HIPÓTESES DE DISPENSA

EMENTA: TERMO DE CONTRATO COM FUNDAÇÃO

1. Trata-se de dispensa de licitação encaminhada a esta Procuradoria Federal Pró-Reitoria de Planejamento, Administração e Infraestrutura - PROPLADI para exame de sua legalidade.

2. O presente CONTRATO terá a duração de 10 (dez) meses a contar da data de sua assinatura.

3. O aludido processo de dispensa foi aberto para análise e parecer jurídico acerca da presente contratação, **Minuta de Termo de Contrato (1496405)**, com a Fundação de Apoio, **FUNDAÇÃO LUIS ENGLERT - FLE**, para prestação de apoio, planejamento e execução de ações que permitam a realização do projeto "**Produção de recursos didáticos na perspectiva do DUA: Princípios e estratégias**", com fulcro no **XV, do art. 75, da Lei nº 14.133/2021 a seguir transcrito:**

XV - para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;;

4. O processo foi instruído com os documentos necessários para sua análise, dos quais a Administração destaca:

- Solicitação para a celebração de Convênio/Contrato (1467972);
- Registro do projeto (1467921);
- Ata do conselho do campus aprovando o projeto (1480040);
- Plano de Trabalho (1467899);
- Declaração dos Coordenadores (1467902);
- Declaração de Fiscal titular e suplente (1467903);
- Solicitação para a contratação de fundação de apoio (1467910);
- Proposta de trabalho da Fundação de Apoio (1471544);
- Termos de participação dos servidores envolvidos (1474801), (1474844), (1474854), (1474862), (1474878) e (1474892);
- Portaria conjunta de autorização da Fundação de Apoio (1481125);
- Portaria de credenciamento da Fundação de Apoio (1481127);
- Estatuto da Fundação de Apoio (1480857);
- Ata de nomeação da diretoria da Fundação de Apoio (1480846);

- CNH do dirigente da Fundação (1480852);
- Certidões de Regularidade CNPJ (1481088), FGTS (1481098), Trabalhista (1481111), Débitos Municipais (1481105), Estaduais (1481095), Federais (1481091) e SICAF (1481148);
- Pedido de compra (1486514);
- Documento de Formalização da Demanda (1490167)

5. É o sucinto relatório.

1. ANÁLISE JURÍDICA

1.1 A obrigação de licitar e as permissões da norma para dispensar a licitação

6. A Constituição Federal ao regulamentar as compras realizadas pelo Estado brasileiro determinou que todas as contratações fossem precedidas de licitação. O fundamento desta regra está alicerçado na presunção de que toda a licitação produzirá a contratação mais vantajosa para a Administração Pública^[1].

7. Privilegiar a licitação é dar vazão a um dos mais nobres princípios constitucionais: a isonomia. Foi com base no princípio da igualdade e no incentivo a livre concorrência que o legislador ordinário ditou a norma que orienta todas as compras públicas:

Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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. (Grifo nosso)

8. A licitação, portanto, é a regra a ser obedecida e a dispensa a exceção. Somente é cabível a dispensa se a licitação se comprovar mais onerosa para a Administração Pública. Como nenhum princípio no direito brasileiro é absoluto, a própria carta política tratou de ressaltar que, em alguns casos previstos em lei, a licitação pode ser afastada. Segundo Marçal Justen Filho,

Como é usual se afirmar, a 'supremacia do interesse público' fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação prévia para contratação da Administração Pública, o que significa, em outras palavras, que a licitação é um pressuposto do 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. O procedimento licitatório normal conduziria ao sacrifício dos fins buscados pelo Estado e não asseguraria a contratação mais vantajosa**. Por isso, autoriza-se a Administração a adotar um procedimento em que formalidades são suprimidas ou substituídas por outras.^[2] (grifo nosso)

9. O cabimento da contratação direta está intimamente relacionado com a impossibilidade de realização de processo licitatório ou com o custo insuportável para o interesse público. O princípio da isonomia, como qualquer outro princípio do mundo jurídico, não se reveste de caráter absoluto, sendo sopesado com os princípios do interesse público e da eficiência. Desta forma somente será possível dispensar a licitação compatibilizando o princípio da igualdade com as peculiaridades da contratação direta e com a comprovação da vantagem da dispensa.

10. Jorge Ulisses Jacoby Fernandez ao analisar dados do Governo Federal referente as despesas realizadas chegou as seguintes conclusões:

1. a licitação deve ser a regra;
2. o gestor tem a ilusão de que a contratação direta é sempre o caminho mais eficaz da melhor e mais célere contratação;
3. a modernização das modalidades de licitação pode contribuir decisivamente para a redução da contratação direta.
4. a alteração do entendimento do gestor depende do aperfeiçoamento do controle.^[3]

11. O que se pretende demonstrar com estas conclusões não é a inviabilidade da dispensa de licitação, e sim os cuidados dobrados que o Administrador deve ter nestas situações. Se o legislador especificou no art. 75 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 - conforme o mandamento constitucional - as hipóteses cabíveis de afastamento de procedimento licitatório, é por que entendeu que nestes casos o interesse público *poderia* ser prejudicado com a realização de licitação.

12. Nota-se pela exegese da norma constitucional que a única interpretação possível a que o intérprete pode chegar quando for buscar o real sentido das situações previstas no art. 75 é a restritiva. Consequentemente, o enquadramento do caso concreto em uma das hipóteses do art. 75 não autoriza o Administrador a se afastar dos princípios norteadores da atividade pública, dispensando a licitação a seu bel prazer.

13. Para chegar à conclusão de dispensar ou não o certame licitatório, o agente público responsável pela decisão deverá ter em mente qual o exato limite entre a possibilidade de contratar um determinado fornecedor, ignorando a licitação e a obrigatoriedade de realizá-la. Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandez, é o entendimento de que a Administração:

Estará obrigada a promovê-la (a licitação) quando o critério de escolha do fornecedor ou executante não puder ser demonstrado sem ofensa ao princípio da moralidade e da impessoalidade. É esse estreito limite que paira entre o entendimento de todos os requisitos estabelecidos em cada uma das hipóteses de dispensa e a prevalência do dever de licitar.^[4]

14. Somam-se aos princípios da moralidade e da impessoalidade, a orientação que obriga o agente administrativo a somente optar pela dispensa de licitação pública nas situações em que o interesse público concretamente estiver sujeito a risco de sacrifício ou gravame de monta.^[5]

15. Se ao juízo do Administrador a dispensa se mostrar o melhor caminho para a futura contratação, não deverá ele deixar de cumprir com os regulares procedimentos administrativos.

16. Procedimentos que dispensem a licitação em excepcionais oportunidades serão a alternativa mais viável para a Administração. Porém, entendemos que o fulcro da questão encontra-se na motivação do ato. Marçal Justen Filho assim trata do tema:

Merece destaque a necessidade de motivação do ato decisório da administração. Ao optar por um determinado sujeito, excluindo a contratação de terceiros, deve-se indicar os fundamentos da decisão. Em todos os casos, atribuição de competência discricionária não se confunde com liberação de motivação nem autoriza prevalência de motivos meramente subjetivos. Aliás, muito ao contrário, a competência discricionária demanda justificativas muito mais exaustivas e minuciosas do que a prática de ato vinculado.^[6]

17. Como resultado do exposto podemos concluir que a licitação pode ser afastada somente nas hipóteses do art. 75 da Lei 14.133/2021 devendo a interpretação de cada um destes dispositivos ser feita de maneira restritiva para que a disciplina da lei cumpra com sua finalidade que é fazer com que as aquisições e contratação públicas busquem as propostas de maior qualidade com menor gasto possível sempre em consonância os princípios administrativos.

1.2 Da Instrução do Processo Administrativo quando a licitação for dispensável.

18. Os processos administrativos de dispensa de licitação devem ser instruídos, no que couber, com os elementos previstos no art. 72 da Lei nº 14.133/, conforme abaixo:

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.

19. **No presente caso**, pretende-se a contratação através de Termo de Contrato com a Fundação Luiz Englert - FLE. Uma vez atendidas as orientações do Núcleo de Relacionamento com as Fundações de Apoio e a indicação da fonte dos recursos, preenchidos os requisitos legais para aprovação da dispensa, a Minuta de Termo de Contrato com a **Fundação Luiz Englert** a atuar como Fundação de Apoio à Universidade pode ser firmada com fulcro no **inciso XV, do art. 75, da Lei nº 14.133/2021**.

20. Imprescindível, ainda, para o prosseguimento do feito, a existência de dotação orçamentária, sobre a qual há informação nos autos.

2. CONCLUSÃO

21. **Diante do exposto, atendidos os requisitos legais, aprova-se a presente aquisição direta por dispensa de licitação.**

22. É o parecer, salvo melhor juízo e ressalvados os aspectos técnicos, econômicos e financeiros, bem como o juízo de mérito e oportunidade, porquanto próprios da Administração, e, como tais, alheios às atribuições deste órgão jurídico.

Bagé, 22 de julho de 2024.

João Batista da Fontoura Marques
OAB/RS 31.672 - Siape 381895
Procurador Federal Chefe
PFUNIPAMPA

[1] Marçal Justen Filho. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010; p. 295.

[2] *op. cit.* p. 295.

[3] Jorge Ulisses Jacoby Fernandez. Contratação direta sem licitação. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 204.

[4] *op. cit.* p. 208.

[5] Joel Menezes Niebuhr. Dispensa e inexigibilidade de licitação pública. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 373.

[6] *op. cit.* p. 299.

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23100010067202413 e da chave de acesso f27a1699



Documento assinado eletronicamente por JOÃO BATISTA DA FONTOURA MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br), de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 1566139298 e chave de acesso f27a1699 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): JOÃO BATISTA DA FONTOURA MARQUES, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 01-08-2024 10:05. Número de Série: 65437255745187764576406211080. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
