

Parecer Jurídico: 95/2024-FSPH

Processo: 882/2024-PRO.ADM.-FSPH

Assunto: Abertura de processo para Contratação da empresa CIEE - Centro de Integração Empresa Escola para contratação de Menores Aprendizizes.

EMENTA: PARECER JURÍDICO. POSSIBILIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 74, III, “F” DA LEI Nº. 14.133/2021. VIABILIDADE JURÍDICA.

SÍNTESE DO RELATÓRIO:

1. Trata-se de solicitação de parecer jurídico acerca da contratação de empresa especializada no desenvolvimento de programas de aprendizagem que entre fora celebrado entre a FSPH e a CIEE, por meio de inexigibilidade de licitação descrita no art. 74, inciso III, alínea “f” da lei 14.133/21.

2. É, no essencial, o relatório. Passo a análise.

FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO:

3. A presente manifestação jurídica tem o escopo de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem praticados ou já efetivados. Ela envolve, também, o exame prévio e conclusivo dos textos de contratos ou instrumentos congêneres a serem celebrados e publicados.
4. Nossa função é justamente apontar possíveis riscos do ponto de vista jurídico e recomendar providências, para salvaguardar a autoridade assessorada, há quem compete avaliar a real dimensão do risco e a necessidade de se adotar ou não a precaução recomendada.
5. Importante salientar, que o exame dos autos processuais restringe-se aos seus aspectos jurídicos, excluídos, portanto, aqueles de natureza técnica. Em relação a estes, partiremos da premissa de que a autoridade competente municiou-se dos conhecimentos específicos imprescindíveis para a sua adequação às necessidades da Administração, observando os requisitos legalmente impostos.
6. De fato, presume-se que as especificações técnicas contidas no presente processo, inclusive quanto ao detalhamento do objeto da contratação, suas características, requisitos e avaliação do preço estimado, tenham sido regularmente determinadas pelo setor competente do órgão, com base em parâmetros técnicos objetivos, para a melhor consecução do interesse público.
7. De outro lado, cabe esclarecer que, via de regra, não é papel do órgão de assessoramento jurídico exercer a auditoria quanto à competência de cada agente público para a prática de atos administrativos. Incumbe, isto sim, a cada um destes observar se os seus atos estão dentro do seu espectro de competências. Em face disso, o ideal, para a melhor e completa instrução processual, é que sejam juntadas as publicações dos atos de nomeação/designação, ou as citações destes, da autoridade e demais agentes administrativos, bem como dos atos normativos que estabelecem as respectivas competências, a fim de que, em caso de futura auditoria, possa ser facilmente comprovado que quem praticou determinado ato tinha competência para tanto. Todavia, a ausência de tais documentos, por si, não representa, a nosso ver, óbice ao prosseguimento do feito.
8. Finalmente, é nosso dever salientar que determinadas observações são feitas sem caráter vinculativo, mas em prol da segurança da própria autoridade assessorada a quem incumbe, dentro da margem de discricionariedade que lhe é conferida pela lei, avaliar e acatar, ou não, tais ponderações. Não obstante, as questões relacionadas à legalidade serão apontadas para fins de sua correção. O prosseguimento do feito sem a observância destes apontamentos será de responsabilidade exclusiva da Administração.

FUNDAMENTAÇÃO.

9. Como cediço, em atenção ao princípio da indisponibilidade do interesse público, as contratações promovidas pela Administração Pública, em regra, são sempre precedidas de licitação, assegurada a igualdade de competição entre os concorrentes e o devido processo legal, esse caracterizado pelo contraditório e pela ampla defesa (art. 37, XXI, da Constituição Federal). Todo o procedimento licitatório é regulamentado pela Lei nº 14.133/21, ressalvados os demais casos previstos na legislação extravagante.
10. Ocorre, porém, que a Nova Lei de Licitações, especifica algumas exceções em que a licitação é dispensada, dispensável ou inexigível. Com relação à licitação inexigível, as hipóteses estão previstas no art. 74 da Lei nº. 14.133/21. Nesses casos, a licitação é inviável, tendo em vista a impossibilidade 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.
11. Nos moldes previstos no artigo 74, III, alínea “f”, da Lei nº. 14.133/21, a licitação será inexigível quando a aquisição envolva contratação de serviços técnicos especializados que envolvam o treinamento e aperfeiçoamento de pessoal. 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.
12. No caso dos autos, pretende a FSPH utilizar da contratação direta por meio da inexigibilidade para contratação de empresa especializada no desenvolvimento de programa de aprendizagem, conforme se extrai da fl. 324, *in verbis*:

“1.1. O objeto do presente instrumento é a Contratação de empresa especializada no desenvolvimento de programa de aprendizagem, conforme condições,

quantidades, exigências e estimativas, estabelecidas neste instrumento, bem como no Termo de Referência. ”

13. Como se nota, a inexigibilidade de licitação para contratação de profissionais enumerados no art. 74, inciso III da Nova Lei de Licitações **requer a singularidade de sua natureza, bem assim a notória especialização do profissional ou empresa.** O referido diploma legal também define quais são os serviços técnicos profissionais especializados, a saber:

“Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

*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.”

14. É essencial destacar que o uso do termo “*notório*” pela legislação indica algo que possui ampla aceitação e é de conhecimento geral, além de ser “*especializado*”. Isso implica uma distinção baseada na necessidade de conhecimento técnico especializado.

15. Nesse mesmo sentido, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO assevera o conceito de notória especialização como o trabalho marcado por características “*individualizadoras*”.

16. Ainda nesse aspecto elucidativo, a Súmula 264 do TCU acrescenta que “*Entende ser cabível a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso li, da Lei nº8666/93.*”

17. Desse modo, nota-se a possibilidade de contratação por inexigibilidade de empresa especializada no desenvolvimento de programa de aprendizagem por expressa definição no art. 74, III, alínea “f” da Nova Lei de Licitações e Contratos desde que atendidas as condicionantes legais estabelecidas. Em outras palavras, esta Fundação estaria autorizada a contratar diretamente a empresa sem prévia licitação.

18. Nada obstante, o administrador deve motivar o ato de inexigibilidade para que produza plena eficácia. Isso se percebe na justificativa, na razão da escolha do fornecedor ou executante e na justificativa do preço.

19. Quanto a justificativa para a contratação e a fundamentação da necessidade de contratação estão detalhadas no Termo de Referência, especificamente no item 2, vejamos:

“2.2 - O Objetivo será oportunizar os jovens a interação com o mercado de trabalho despertando os aspectos de organização pessoal e do ambiente, comunicação, respeito mútuo, responsabilidade, integridade, compromisso, assertividade, iniciativa, criatividade e autodiretividade, a partir de uma ação contínua e transversal.

2.3 - Jovens de 14 a 24 incompletos, devidamente matriculados em rede oficial de ensino ou curso de Aprendizagem em Programa Jovem Aprendiz.

2.4 - A indicação desta demanda está validada no plano de Contratações Anual de 2024, assim como se encontra contemplado no Estudo Técnico Preliminar nº 03/2024 que trata de serviços técnicos especializados. ” (fl. 318)

20. Conforme consta nos autos, foram juntados os Estudos Técnicos Preliminares e o Mapa de Riscos os quais estão em conformidade com a Lei 14.133/2021.

21. Por sua vez, a inexigibilidade de licitação ocorre quando há uma inviabilidade de competição por se tratar de serviços cuja singularidade impede que a Administração realize a contratação por meio da licitação. Como bem explica Marçal Justen Filho (2005), essa inviabilidade se dá em razão de algumas modalidades: ausência de pluralidades alternativas, ausência de “mercado concorrencial”, ausência de objetividade na seleção do objeto e ausência de definição objetiva da prestação a ser executada.

22. Por esse lado, a Súmula 252 do TCU retrata: “inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/1993, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.”

23. A análise do dispositivo legal revela que, diante da inviabilidade de competição, a contratação direta é permitida.

24. Mas, afinal, quando se caracteriza essa inviabilidade de competição?

25. A legislação precedente, Lei nº 8.666/93, não fornecia uma resposta direta, limitando-se a enumerar algumas hipóteses no artigo 25, incisos I a III. Por outro lado, a Nova Lei de Licitações aborda a questão no artigo 74, incisos I a III. Apesar de a nova lei também destacar certas hipóteses, ela não resolve completamente a questão, restringindo-se a indicar casos exemplificativos.

26. Coube, então, à doutrina a tarefa de preencher o rol aberto apresentado no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93 (art. 74 na Nova Lei de Licitações), mediante a adoção de determinados critérios que indicam quando a competição será viável (pressuposto lógico, jurídico e fático da licitação). À falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista das quais foi concebido.

27. É pressuposto lógico da licitação a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. É pressuposto jurídico o de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover. É pressuposto fático da licitação a existência de interessados em disputá-la.

28. Para Jessé Torres, “[...] as hipóteses dos incisos não têm autonomia conceitual; entender diversamente significa subordinar o *caput* do artigo a seus incisos, o que afronta regra palmar de hermenêutica; sendo, como devem ser, os incisos de um artigo subordinados à cabeça deste, a inexigibilidade de licitação materializa-se somente quando a competição for inviável.” (Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 8ª. Ed, Renovar, p.342)

29. Parafraseando Celso Antônio Bandeira de Mello, considera-se singular o objeto (bem ou serviço) que possua uma individualidade tão específica que o torne inassimilável a quaisquer outros da mesma espécie. Ser inassimilável com outro não significa que seja o único, mas que contenha tal qualidade ou complexidade que impossibilite a sua comparação com outros.

30. Percebe-se, pois que a hipótese é de impossibilidade fática de haver competição, já que a administração pretende adquirir um produto/serviço com notória especialização, então não há que se falar em disputa ainda que assim se desejasse.

31. Quanto à singularidade do serviço, pode-se dizer que a singularidade incide diretamente sobre o resultado pretendido, não se podendo definir a possibilidade de visualização do resultado de forma antecipada nem do estabelecimento de um meio fixo para as atividades desenvolvidas pelas pessoas. Cada indivíduo tem uma forma de agir e alcança um resultado específico.

32. Nesse contexto, o doutrinador IVAN BARBOSA RIGOLIN assevera que “*singular*” é aquele serviço cujo resultado final não se pode conhecer nem prever exatamente antes de pronto e entregue; aqueles cujas características inteiramente particulares, próprias do autor, o façam único entre quaisquer outros. O único elemento sabido nesse caso é que cada autor o fará de um modo, sem a mínima possibilidade de que dois produzam exatamente o mesmo resultado. Cada qual tem a chancela de um autor, sendo, nesse sentido, único.

33. Fica claro que, se houvesse a licitação, haveria um prejuízo financeiro expressivo para a Administração, uma vez que a contratação ora em questão trata de um mercado restrito de serviços concorrenciais homogêneos. Nesse sentido, é importante salientar que cumpre ao administrador auferir a vantagem entre os custos financeiros a serem despendidos com o resultado a ser alcançado com o empreendimento, de modo que o interesse público fique resguardado da ineficiência.

34. O ilustre doutrinador Matheus Carvalho (2021) define precisamente o que viria a ser o princípio da eficácia administrativa na tomada de decisões do administrador público:

“A eficácia impõe a adoção da solução mais eficiente e conveniente para a gestão dos recursos públicos. A atividade administrativa gera custos e, como os recursos públicos são escassos, é necessário que sua utilização produza os melhores resultados econômicos possíveis à Administração Pública, tanto qualitativa quanto quantitativamente. O agente público tem o dever de gerenciar os recursos públicos, onerando o menos possível a Administração. (CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. Salvador: Juspodivm, 2020)

35. A interpretação das leis acima e dos conceitos elucidativos traduzem, portanto, uma orientação firmada nos conceitos e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais vigentes.

36. Partindo dessa premissa, a correta compreensão deve servir de base para tomada de decisões. Não se deve, pois permitir que interpretações rigorosas de modo a concordar com entendimentos flexibilizados sob pena de criar favorecimentos.

37. A definição de “*notória especialização*”, de acordo a Lei 14.133/21, encontra-se no art. 6º, inciso XIX, vejamos:

“Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

*XIX – **notória especialização**: qualidade de profissional ou de 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, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato;”

38. Convém trazer à baila decisão oriunda do Tribunal de Contas da União, que serve de paradigma para a hipótese aventada nos autos devendo os setores competentes adotarem medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, senão vejamos:

“Determina aos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, jurisdicionados do Tribunal de Contas da União, por intermédio dos respectivos órgãos de controle interno, que: quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, I, da Lei n.º 8.666/93), adotem medidas cautelares visando assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes” (TCU – Decisão n.º 047/95 – 15.2.95).

39. Como mencionado anteriormente, é essencial que a inviabilidade de competição seja comprovada por meio de documentação adequada, com o objetivo de evidenciar a capacidade da empresa em cumprir com o serviço proposto. Inclusive, o presente processo se fundamenta no Processo Administrativo nº 882/2024, consoante se evidencia da fl. 338.

40. É crucial enfatizar que, de acordo com o artigo 72, inciso VII da Lei nº 14.133/21, a justificativa de preço é um requisito obrigatório nos casos de inexigibilidade, conforme descrito a seguir:

“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.”

41. A Lei nº 14.133, de 2021, apresenta uma regulamentação detalhada sobre a formação de preços, estabelecendo os parâmetros para a pesquisa e estimativa de custos de obras e serviços de engenharia, bem como para a validação dos preços em contratações diretas por inexigibilidade ou dispensa. Especificamente, a lei define critérios claros para essa validação:

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.

42. Portanto, para validar os preços cobrados por uma empresa contratada sem licitação, a Administração pode anexar ao processo evidências de que os valores praticados estão em linha com os cobrados em contratos anteriores para serviços ou produtos similares. Essas provas podem ser obtidas pelo órgão contratante de outras instituições ou fornecidas pela própria empresa, refletindo transações anteriores com entidades públicas ou privadas para a execução de um serviço ou fornecimento de um produto de natureza semelhante ao contratado.

43. Por derradeiro, cabe frisar que a análise crítica e manifestação expressa acerca dos valores cotados, independentemente da juntada aos autos de tabelas e cotações, deve ser realizada de forma expressa e pormenorizada.

44. É indispensável que a Administração avalie, de forma crítica, a pesquisa de preço obtida junto ao mercado, em especial quando houver grande variação entre os valores apresentados. Esse foi o entendimento proferido pelo TCU no Acórdão 403/2013 – Primeira Câmara. No mesmo sentido, o seu Plenário, por meio do Acórdão 1108/2007, entendeu não ser admissível que a pesquisa de preços feita pela entidade seja destituída de juízo crítico acerca da consistência dos valores levantados. Assim, para obtenção do resultado da pesquisa, não poderão ser considerados os preços excessivamente elevados e os inexequíveis, conforme critérios fundamentados e descritos no processo administrativo. Os critérios e parâmetros a serem analisados devem ser os próprios preços encontrados na pesquisa, a partir de ordenação numérica na qual se busque excluir aquelas que mais se destoam dos demais preços pesquisados.

45. Ademais, cabe esclarecer que **se deve evitar o fracionamento** devendo a Administração 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, 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 artigo 28 da Lei nº 14.133/2021.

46. Como cediço, a Lei nº 14.133/2021 exige que, para deflagrar qualquer contratação ou licitações públicas com vistas à aquisição de bens e à contratação de serviços e obras, o administrador promova, nos autos do processo administrativo, a **indicação dos recursos orçamentários necessários ao pagamento das obrigações decorrentes a serem executadas no exercício em curso, devidamente especificado em rubricas.**

47. No tocante à publicidade da inexigibilidade, deve esta após ratificação do Diretor Geral, ser publicada no DOE, sendo dispensada publicação do extrato dos contratos decorrentes, eis que em tais contratações os atos são publicados na forma do art. 94 da Lei 14.133/21, porém, nada impede sua publicação com fulcro no princípio da publicidade.

48. Porém, na linha da doutrina administrativista e do Tribunal de Contas da União, devem ser evitadas duas publicações de igual assunto e gasto desnecessário para a Administração Pública.

49. **É imprescindível salientar que a análise do valor contratual deve ser efetuada pelo Setor de Contratos e Licitações (COLIC), assegurando a sua conformidade com os preços vigentes no mercado praticado pela empresa. Desta forma, incumbe ao setor responsável proferir um parecer formal sobre a vantagem econômica da contratação, em alinhamento com os preços praticados, conforme estabelecido nos itens 43 até o 47 deste Parecer.**

50. **Ademais, é necessário que o Setor de Contratos e Licitações (COLIC), se manifeste criticamente de forma pormenorizada e expressa acerca da natureza singular e a notória especialização dos serviços a serem contratados, por ser medida obrigatória a ser adotada.**

51. Por fim, reiteramos o pedido de observância da Recomendação PROJUR nº 01/2014, bem como da assinatura dos responsáveis em suas respectivas manifestações.

CONCLUSÃO

52. Por todo o exposto, opina-se no seguinte sentido:

- a) a veracidade das informações e documentos anexados aos autos é de inteira responsabilidade da Administração;
- b) os agentes públicos serão responsabilizados administrativamente pelo dano causado à Fazenda Pública, caso fique comprovado o superfaturamento de preços, sem prejuízo de outras sanções civis e criminais cabíveis;
- c) deve-se proceder, autenticação de toda a documentação juntada aos autos que não tenha sido apresentada em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração, sob as penas da lei, conforme reza o art. 70, caput, da Lei n.º 14.133/21.

Mercê do exposto, opino pela **VIABILIDADE JURÍDICA AO PROCESSO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**, nos termos do no art. 74, III, alínea “f” da Lei n.º 14.133/2021, **condicionada à observância dos requisitos enumerados neste parecer, com especial atenção ao disposto nos itens 49 e seguintes.**

É o parecer, ressalvado melhor entendimento.

Aracaju, 27/07/2024

Rodrigo de Oliva Leite
Assessor(a) Jurídico

Protocolo de Assinatura(s)

O documento acima foi proposto para assinatura digital. Para verificar as assinaturas acesse o endereço <http://edocsergipe.se.gov.br/consultacodigo> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código de verificação: 4HM3-6MMV-NHHD-RUM0



O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 02/08/2024 é(são) :

Legenda: ● Aprovada ● Indeterminada ● Pendente

● Rodrigo de Oliva Leite - 27/07/2024 10:58:56 (Docflow)