

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE RORAIMA "Amazônia: Patrimônio dos brasileiros" CONSULTORIA JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Parecer 137/2024/CONJUR/DPG

EMENTA: Contratação direta por inexigibilidade. Nova lei de Licitações e Contratos. Pessoas físicas e pessoas jurídicas detentoras de notória especialização (art. 74, III, "f", e § 3º da Lei n. 14.133/2021). Preenchimento dos Requisitos Legais. Possibilidade.

I- RELATÓRIO

Vem ao exame desta Consultoria Jurídica para análise e emissão de parecer jurídico no tocante a legalidade de contratação por inexigibilidade de licitação para "Contratação de empresa especializada para prestação de serviços técnicos profissionais de assessoria e consultoria pública", conforme condições estabelecidas no termo de referência.

Instruem os autos os seguintes documentos, os quais são relevantes para a análise jurídica:

Documento de Formalização de demanda, Evento Sei nº 0567520;

Estudo técnico preliminar, Evento Sei nº 0558971;

Autorização da autoridade competente para prosseguimento do presente processo, Evento Sei nº0569937:

Classificação orçamentária, Evento Sei nº 0569981;

Proposta Comercial, Evento Sei nº 0569505

Documentos que comprovam contratações e preços da empresa e certidões da empresa;

Atestado de capacidade técnica, Evento Sei nº 0569495

Termo de Referência 53/2024/DMGT/DTIC/DG/DPG, Evento Sei nº 0576665;

Minuta de contrato, Evento Sei nº 0579229;

Pedido de empenho, Evento Sei nº 0582498;

Portaria do Agente de Contratação e equipe de apoio, Evento Sei nº0582646;

Justificativa da razão da escolha do contratado e justificativa de preço Evento Sei nº 0581759.

É o relatório.

Passo a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

FINALIDADE E ABRANGÊNCIA DO PARECER JURÍDICO

Preliminarmente, convém destacar que a presente análise tem a finalidade de assessorar no controle prévio da legalidade, conforme previsto nos incisos I e II , do art. 53, da Lei nº 14.133/2021 e §5º do art. 189 da RESOLUÇÃO CSDPE nº 98 de 17 de janeiro de 2024.

Lei nº 14.133/2021

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

RESOLUÇÃO CSDPE № 98, DE 17 DE JANEIRO DE 2024

§ 5º A análise levada a efeito pela Consultoria Jurídica terá natureza jurídica e não comportará avaliação técnica, administrativa ou operacional ou juízo de valor acerca dos critérios de discricionariedade que justificaram a deflagração do processo licitatório ou decisões administrativas nele proferidas, aí incluídos o conteúdo técnico das especificações, de qualificação técnica, econômico-financeira e de formação de preços, devendo o parecer se limitar a verificar o cumprimento do princípio da motivação e a existência de justificativas.

Assim sendo, cumpre esclarecer, que a presente manifestação limitar-se-á aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

DA INEXIGIBILIDADE PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Estabelece o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para contratações feitas pelo Poder Público. No entanto, o próprio dispositivo constitucional reconhece a existência de exceções à regra, ao efetuar a ressalva dos casos especificados na legislação, ou seja, a dispensa e a inexigibilidade de licitação. Sendo assim, o legislador admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando a Administração Pública a celebrar contratações diretas.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/2021 estabeleceu, em seus arts. 72 a 75, as hipóteses de exceção à realização prévia de processo licitatório para a contratação pelo poder público, quais sejam: a inexigibilidade de licitação e a dispensa de licitação.

Destaca-se a inexigibilidade de licitação disciplinada no 74 da lei suscitada, que assim dispõe:

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:

No presente caso, a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual encontra previsão expressa no art. 74, III da Lei 14.133/2021, que dispõe sobre a inexigibilidade, em razão da inviabilidade de competição.

De acordo com o dispositivo, temos:

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;

Quanto a escolha do contratado para prestação de serviços técnicos especializados de natureza intelectual, cabe a Administração, diante de sua autonomia e poder discricionário, escolher em virtude da natureza do objeto, o profissional ou empresa, compreendendo que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

É válido frisar que a empresa apresentou Declaração de notória especialização, evento SEI nº 0569480, de onde se verifica, que foi o critério adotado pela administração para escolha da empresa, para execução do presente

objeto.

A legislação apresenta em seu Art. 74 § 3º da Lei 14.133/2021 os requisitos para fins de enquadramento do profissional ou empresa na notória especialização, vejamos:

Art. 74 (...) § 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.

O TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, assevera que as experiências anteriores devem ser admitidas como comprovação da especialização:

(...) nas próximas licitações, ao analisar a especialização de profissionais, a instituição admita a comprovação por meio de experiências anteriores devidamente documentadas(...) Acórdão1452/2004 Plenário Rel. Min. Benjamin Zymler.

A discricionariedade para escolha do profissional na inexigibilidade é amplamente aceita, conforme entendimentos jurisprudenciais.

Portanto, para a contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem a respectiva licitação, é necessário que sejam de natureza singular e exijam a contratação de profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à

discricionariedade administrativa. Não obstante seja certo que a recorrida detenha tais requisito, não é a única, havendo tantos outros igualmente hábeis. (STJ. REsp nº 488.842/SP – 2002/0163048-3, 2ª Turma. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julg. 17.04.2008)

DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO DIRETA

Documento de Formalização da Demanda e Estudo Técnico Preliminar

Conforme disposto no inciso IV do art. 2º do Decreto Federal nº 10.947, de 25 de janeiro de 2022, o Documento de Formalização de Demanda é "o documento que fundamenta o plano de contratações anual, em que a área requisitante evidencia e detalha a necessidade de contratação". Verifica-se que não há previsão no Plano anual de Contratações, da presente contratação, de acordo com o item 1.6 do DFD.

1.6. Alinhamento entre a demanda e o Planejamento Estratégico Institucional ou Planejamento de Tecnologia da Informação e Comunicação e com o Plano de Contratações Anual:

A Contratação deverá ser ajustada ao Plano Anual de Contratação - PAC da Defensoria Pública do Estado de Roraima para o exercício 2024.

O Estudo Técnico Preliminar – ETP da contratação, deve conter de forma fundamentada, a descrição da necessidade da contratação, com especial atenção à demonstração do interesse público envolvido, estando presente no art. 18,§1º, da Lei nº14.133/2021, os elementos necessários para elaboração do ETP.

Art. 18.

(...)

- § 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:
- I descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
- II demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;
- III requisitos da contratação;
- IV estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;
- V levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;
- VI estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;
- VII descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

- IX demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;
- X providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;
- XI contratações correlatas e/ou interdependentes;
- XII descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;
- XIII posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.
- § 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

Em suma, todos os elementos obrigatórios, previstos no §2º, acima mencionado: descrição da necessidade de contratação (inciso I); estimativa de quantidades (inciso IV); estimativa de valor (inciso VI); justificativa para o parcelamento ou não do objeto (inciso VIII) e, por fim, posicionamento conclusivo (XIII), constam do referido documento.

Análise de Riscos

O art. 72, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021, estabelece que o processo de contratação direta poderá, se for o caso, contemplar a análise de riscos.

A análise de riscos consiste na identificação dos riscos que possam comprometer o atendimento do interesse público, por meio da contratação pretendida. Verifica-se nos autos que consta documento intitulado mapa de risco, no qual estabelecem a probabilidade de ocorrência de eventos, os possíveis danos potenciais, as possíveis ações preventivas e contingências, bem como a identificação de responsáveis por cada ação.

Termo de Referência

O termo de referência designa o documento jurídico administrativo previsto no conforme estabelecido no art. 6º, XXIII, da Lei nº 14.133, de 2021, o termo de referência é o documento necessário para a contratação de bens e serviços.

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

(...)

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- b) fundamentação da contratação, que consiste na referência aos estudos técnicos preliminares correspondentes ou, quando não for possível divulgar esses estudos, no extrato das partes que não contiverem informações sigilosas;
- c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto;
- d) requisitos da contratação;
- e) modelo de execução do objeto, que consiste na definição de como o contrato deverá produzir os resultados pretendidos desde o seu início até o seu encerramento;
- f) modelo de gestão do contrato, que descreve como a execução do objeto será acompanhada e fiscalizada pelo órgão ou entidade;
- g) critérios de medição e de pagamento;
- h) forma e critérios de seleção do fornecedor;
- i) estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;
- j) adequação orçamentária;

Da análise restrita do termo de referência presente nos autos, verifica-se que foi elaborado o Termo de Referência, por servidores da área técnica e requisitante, evento SEI nº 0576665, com o objetivo de contemplar as exigências legais, buscando a solução mais adequada para atendimento da necessidade pública, conforme prevê a RESOLUÇÃO CSDPE Nº 98, DE 17 DE JANEIRO DE 2024, sendo aprovado pela titular da área técnica onde foi elaborado, constando os elementos indispensáveis, estando o documento dentro dos parâmetros legais.

Da Estimativa de despesa e Justificativa do preço

Nos casos de contratação direta, por dispensa ou inexigibilidade de licitação, deve-se observar o quanto definido no artigo 23 da Lei nº 14.133, de 2021, para fins de obtenção do orçamento estimado da contratação:

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.

Além da regra legal, também devem ser observadas as normas da Instrução Normativa SEGES/ME nº 65, de 7 de julho de 2021, que define no artigo 5º, os parâmetros a serem utilizados para estimar os custos, de forma bastante similar ao disposto na Lei nº 14.133/21, bem como informa, no art. 7º as seguintes considerações:

Art. 7º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, aplica-se o disposto no art. 5º.

§ 1º Quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no art. 5º, a justificativa de preços será dada com base em valores de contratações de objetos idênticos, comercializados pela futura contratada, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

A Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024 regulamentou a pesquisa de preços nos artigos 48 a 61 e 159. Dispõe o artigo 59 da referida Resolução:

Art.59. Nos casos de inexigibilidade a justificativa de preços se dará mediante comprovação dos preços praticados pelo contratado em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes, públicos ou privados, contratos, empenhos, extratos contratuais e documentos equivalentes, ou por outro meio idôneo devidamente justificado.

Parágrafo único Excepcionalmente, caso a futura contratada não tenha comercializado o objeto anteriormente, a justificativa de preço de que trata este artigo poderá ser realizada com objetos semelhantes de mesma natureza, devendo constar no processo demonstração de que as especificações técnicas apresentam similaridade com o objeto pretendido.

Quanto a justificativa de preço em contratações diretas por inexigibilidade, deve -se apresentar comparação como os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas, como forma de obter um parâmetro para a contratação.

Dando continuidade à análise dos autos, para efeito de valores praticados no setor público, verifica-se que foram apresentadas notas fiscais concernentes a serviços prestados há menos de 1 (um) ano desta contratação contendo os valores dos serviços prestados. A contratada apresentou proposta para a DPE/RR no valor individual de R\$ 2.970,00(dois mil novecentos e setenta reais).

Disponibilidade Orçamentária

O caput do artigo 18 da Lei nº 14.133/2021, determina que a fase preparatória da licitação deve compatibilizar-se plano de contratações anual e também com as leis orçamentárias. A existência de disponibilidade orçamentária com a respectiva indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica da despesa é uma imposição legal. Nesse ponto, convém citar o artigo 105, da Lei nº 14.133/2021:

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.

Importante atentar para o que dispõe o art. 150 da mesma Lei:

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Quanto a esse requisito, consta declaração de da Lei de Responsabilidade Fiscal, evento SEI nº 0582488, classificação orçamentária, evento SEI nº 0569981, e ainda pedido de empenho, evento SEI nº 0582498.

Requisitos de Habilitação

De acordo com o art. 62, da Lei nº 14.133, de 2021, os documentos de habilitação, a serem apresentados como forma de demonstrar a capacidade do particular em realizar o objeto do contrato, divide-se em quatro tipos: a) jurídica; b) técnica; c) fiscal, social e trabalhista; d) econômico-financeira, cujos requisitos estão elencados nos arts. 66 a 69 da mesma lei.

Ressalta-se que cabe à administração, verificar a validade dessas certidões na ocasião da contratação, bem como durante a execução do contrato. Recomenda-se que a administração comprove ou justifique eventual ausência do cumprimento por parte da contratada, das exigências de habilitação estabelecidas.

Justificativa da escolha do fornecedor/razão da escolha do contratado

Quanto à justificativa da escolha do contratado, ela se confunde com o próprio fundamento da inexigibilidade de licitação, ou seja, a contratação direta de serviço técnico especializado de natureza predominantemente intelectual com profissionais e empresas de notória especialização para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

No caso em tela a contratação está fundamentada no art. 74, inciso III, , da Lei nº 14.133/2021, que trata da contratação direta por inexigibilidade de licitação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, para fins de assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias.

A justificativa apresentada, evento sei nº 0581759, no tópico escolha do fornecedor e preço, é mencionado que a empresa, "é detentora do monopólio do serviço especializado para prestação de serviços técnicos profissionais de assessoria e consultoria pública", no entanto, não há qualquer comprovação de tal monopólio nos autos, bem como não representa o requisito para tal contratação, haja vista que a exclusividade/monopólio é requisito para a inexigibilidade prevista no §1° do art 74.

Importante destacar que parte das características da notória especialização, previstos na Lei 14.133/21, está diretamente relacionada com o aspecto intelectual necessário à realização dos serviços, como estudos, publicações, organização e equipe técnica como forma de justificar a impossibilidade de competição. Assim sendo, deve-se considera que o requisito da notória especialização exigido na Lei, não se trata apenas da especialização comum, mas a especialização notória, dotada de qualidade reconhecida, notável no respectivo ramo da atuação, o que acarreta a necessidade de demonstrar experiência, credibilidade e confiança na prestação dos serviços contratados, motivo pelo qual não se verifica viável a competição.

Autorização da Autoridade competente para a Contratação Direta e Publicidade da inexigibilidade e da contratação

O artigo 72, VIII, da Lei n.º 14.133/2021 prevê a necessidade de autorização pela autoridade competente, para que ocorra a contratação direta.

A autoridade competente, instruído todo o feito, irá decidir, ao final, se há alguma irregularidade a demandar saneamento ou anulação, se há qualquer razão para revogação por conveniência e oportunidade e, caso contrário, em ambos os casos, procederá à autorização da contratação. (SALES, Hugo.Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei 14.133/21 -Comentada por Advogados Públicos / Organizador Leandro Sarai - São Paulo:Editora JusPodivm, 2021, p. 873)

Logo, deve ser acostada aos autos a autorização para a contratação por inexigibilidade emitida pela autoridade competente.

Ressalta-se que, nos termos do parágrafo único do art. 72, da Lei nº 14.133, de 2021, 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. Outrossim, o art. 94 da mesma lei, dispõe:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

- I 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;
- II 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

Do mesmo modo, encontra-se disposto na Resolução CSDPE nº 98, de 17 de janeiro de 2024 :

Art. 153. No caso de contratação direta, a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e no Diário Oficial, deverá ocorrer como condição indispensável para a eficácia do ato.

Instrumento Contratual

Verifica-se que as cláusulas da minuta contratual se encontram em harmonia com os requisitos essenciais preconizados pela Lei nº 14.133/2021, com o previsto no Termo de Referência e demais cláusulas consideradas imprescindíveis pela Administração, em razão da peculiaridade do objeto deste contrato.

III - Conclusão

Pelo exposto, esta Consultoria Jurídica opina pela possibilidade da contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 74, III da Lei 14.133/2021, desde que atendidas as recomendações/ressalvas constantes no presente opinativo, conforme artigo 189 §2º da Resolução CSDPE № 98, de 17 de janeiro de 2024.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Encaminho os autos ao Controle Interno para emissão de parecer. Após, solicita-se o encaminhamento dos autos à Autoridade Superior desta Instituição, para apreciação.

Em 14 de junho de 2024.



Documento assinado eletronicamente por **CRISTIANE ALVES DA CUNHA**, **Consultora Jurídica I**, em 18/06/2024, às 11:11, conforme horário oficial de Boa Vista/RR, com fundamento no art. 6°, § 1° do <u>Decreto n° 8.539, de 8 de outubro de 2015</u>, e Portarias DPG nº <u>877, de 1° de setembro de 2017</u> e nº <u>1251, de 15 de dezembro de 2017</u>.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.rr.def.br/autenticidade, informando o código verificador **0583466** e o código CRC **7E773CF8**.

001246/2024 0583466v7