



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO À FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAPÁ
GABINETE

PARECER n. 00036/2020/GAB/PFUNIFAP/PGE/AGU

NUP: 23125.038129/2017-36

INTERESSADOS: PRO-REITORIA DE ADMINISTRAÇÃO DA UNIFAP - PROAD

ASSUNTOS: LICITAÇÕES

EMENTA: I – Contratação direta. Inexigibilidade. Art. 25, II c/c art. 13, VI da Lei nº 8666/93. II - Adequação aos requisitos legais.

I - Relatório

1- Trata-se de processo de inexigibilidade de licitação encaminhado a esta Procuradoria Federal pela Pró-Reitoria de Administração da UNIFAP para exame de sua legalidade.

2- O processo em apreciação tem por finalidade a contratação de pessoa física ou jurídica visando a prestação de serviço de apoio à fiscalização e assessoramento técnico da obra construção do Hospital Universitário.

3- Constam nos autos os seguintes documentos relevantes para a análise:

- o DESPACHO Nº 25824/2019 - PREFEITURA: relata que restou infrutífera a tentativa de parceria com o Governo do Estado, devido a inexistência de profissionais nas áreas demandadas; informa que o imperativo existe devido à falta de profissionais no quadro técnico desta Universidade Federal do Amapá (UNIFAP) que possam atuar na fiscalização técnica das áreas solicitadas; "a obra encontra-se em execução das fases que são necessárias a atuação dos profissionais solicitados, visto que há análises de soluções, esclarecimentos, aditamentos contratuais a analisar (ofícios CP.HUN. 176 2019, CP.HUN. 2572019 e outros) e medições a realizar, serviços estes que carecem da atuação de profissionais técnicos das áreas solicitadas nesse Processo";
- o Proposta do profissional Renan Dias, mestre em engenharia mecânica. Valor: R\$ 8.831,50;
- o DESPACHO Nº 752/2020 - PROAD: encaminha ao Contador Responsável da Unidade Gestora para levantamento dos valores das obrigações previdenciárias e trabalhistas referentes a proposta do engenheiro mecânico;
- o DESPACHO Nº 895/2020 - CONGEST: informa o valor do encargo patronal mensal de R\$ 1.766,30;
- o DESPACHO Nº 1673/2020 - PROAD: Solicita à PROPLAN "informar a disponibilidade orçamentária no valor de R\$ 63.586,80 (sessenta e três mil quinhentos e oitenta e seis reais e oitenta centavos), correspondente ao período de 06 meses de contratação";
- o DESPACHO Nº 2016/2020 - DGO: informa a disponibilidade orçamentária para atender a despesa em tela;
- o Proposta de Odilon Cardoso, engenheiro especialista. Valor da proposta: R\$ 9.000,00;
- o DESPACHO Nº 3291/2020 - PROAD: encaminha ao Contador Responsável da Unidade Gestora para levantamento dos valores das obrigações previdenciárias e trabalhistas referentes a proposta do engenheiro especialista;
- o DESPACHO Nº 3355/2020 - CONGEST: informa o valor do encargo patronal mensal de R\$ 1.800,00;
- o DESPACHO Nº 3770/2020 - PROAD: "considerando que foi incluído nos autos do processo a Proposta do Engenheiro Clínico, Solicito informar a disponibilidade orçamentária no valor de R\$ 64.800,00 (sessenta e quatro mil e oitocentos reais), correspondente ao período de 06 meses de contratação";
- o DESPACHO Nº 3919/2020 - DGO: solicita à PROAD autorização para fazer os ajustes no orçamento;

- o DESPACHO Nº 3991/2020 - PROAD: Para elaborar minuta do contrato para contratação de pessoa física para fiscalização de serviços do HU;
- o DESPACHO Nº 5167/2020 - DICONTE: restitui os autos para a PROAD;
- o DESPACHO Nº 5176/2020 - PROAD: encaminha para a DDPH para emissão de portaria da equipe de planejamento referente a contratação de um engenheiro mecânico e um engenheiro clínico para fiscalização das obras do Hospital Universitário;
- o PORTARIA Nº 0343/2020: Institui a Equipe de Planejamento para a Contratação de um Engenheiro Mecânico e um Engenheiro Clínico para fiscalização das obras do Hospital Universitário - HU;
- o MEMORANDO ELETRÔNICO Nº 43/2020 - PROAD: solicita informação se a UNIFAP possui algum servidor docente, com formação em engenharia mecânica no seu quadro de pessoal;
- o Documento no. 23125.003913/2020-24: Pro- Reitora de Gestão de Pessoas informa que não há no quadro de pessoal técnico efetivo da UNIFAP profissional engenheiro mecânico;
- o Minuta TERMO DE REFERENCIA – ENGENHEIRO CLINICO E MECÂNICO;
- o Minuta de Contrato de Prestação de Serviços de Engenharia Clínica;
- o Minuta de Contrato de Prestação de Serviços de Engenharia Mecânica;
- o DESPACHO Nº 6923/2020 - PROAD: Para aprovação do Termo de referência por INEXIGIBILIDADE e Minuta de Contrato (documentos de ordem 78 e 79) e posterior encaminhamento para a PROJUR;
- o DESPACHO Nº 6952/2020 - REITORIA: Magnífico Reitor da UNIFAP aprova o Termo de Referência por INEXIGIBILIDADE e Minuta de Contrato e encaminha à PROJUR para análise e parecer jurídico.

4- É o relatório.

II - Análise Jurídica

5- Trata-se de procedimento de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, com fundamento no inciso II do art. 25 c/c art. 13 da Lei de Licitações, para contratação de pessoa física ou jurídica, de notória capacidade técnica especializada em engenharia consultiva, visando à prestação de serviços de apoio à Fiscalização e Assessoramento Técnico da obra de construção do Hospital Universitário (HU) e da aquisição de equipamentos no Campus Marco Zero do Equador, em Macapá (AP).

Da caracterização da contratação direta. Requisitos. Enquadramento

6- Sobre a inexigibilidade de licitação discorre Hely Lopes Meirelles:

Ocorre a inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração.

A atual lei, depois de considerar dispensada a licitação para doações, permutas, doações em pagamento e investiduras de bens públicos (art. 17, I e II) e de enumerar os casos em que esta é dispensável (art. 24), cuida separadamente da inexigibilidade de licitação. Assim, no art. 25 refere-se genericamente à inviabilidade de competição (...) e, em especial, aos casos em que o fornecedor é exclusivo (inc. I), e em que o contratado é o único que reúne as condições necessárias à plena satisfação do objeto do contrato (incs. II e III).

Em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato. (“Direito Administrativo Brasileiro”, 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 24ª ed., p. 256-257.)

7- O inciso II do art. 25 da Lei de Licitações refere-se à inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da mesma Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Já o art. 13, em seu inciso IV, dispõe que, para os fins da Lei de Licitações, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços.

8- Sobre a hipótese do inciso IV, assim se pronunciou o jurista Marçal Justen Filho:

O inc. IV pressupõe uma obra ou serviço, sob execução direta ou indireta da Administração. Há necessidade de conhecimento específico para verificar se a execução da obra ou serviço obedece às regras exigidas pela técnica.

Os serviços do inc. IV tanto podem ser de exclusiva fiscalização como de gerenciamento.

No primeiro caso, inexistente interferência direta sobre o desenvolvimento da obra ou serviço. Fiscalizar é verificar a adoção das providências, cautelas e procedimentos recomendáveis.

No segundo caso, há interferência direta, assumindo-se o comando sobre as providências, cautelas e procedimentos que serão adotados. (in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. Ed. Dialética, São Paulo, 15ª ed., p. 203).

9- Por outro lado, a contratação direta, por inexigibilidade de licitação com fulcro no art. 25, II, deve observar as orientações abaixo do TCU e da AGU. Deve, pois, estar registrado na instrução a **presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado dentre os mencionados no art. 13 da Lei nº 8.666/93; natureza singular do serviço; notória especialização do contratado:**

Súmula 252 TCU

A 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.

Súmula 264 TCU

A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível 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 II, da Lei nº 8.666/93.

10- A própria legislação define, no art. 25, §1º, como sendo de *notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.*

11- A Decisão TCU 439/1998-Plenário **definiu como serviço singular:** todo aquele que verse sobre treinamento diferenciado em relação ao convencional ou rotineiro do mercado.

10- Vale ressaltar que a análise quanto à especialidade da contratada não compete à consultoria jurídica, que não possui a expertise necessária para verificar se, de fato, a empresa possui a especialização de que a Administração necessita. Ademais, compete ao setor responsável descrever a adequabilidade entre a experiência profissional dos especialistas contratados e o objeto do contrato. Dessa forma, a Procuradoria recomenda que seja complementada a justificativa para a contratação no que se refere à especialização da futura contratada em relação ao objeto do contrato, visto o disposto nos itens 9, 10 e 11 do presente opinativo.

11- Ressalta-se, ainda, que no Projeto Básico não há a indicação clara e expressa da razão da escolha do prestador de serviço, o que deve ser sanado pela administração.

Da justificativa dos preços

12- Quanto à **justificativa de preço**, verifica-se que consta no Termo de Referência (item 2) o seguinte:

"Estes valores foram calculados tomando como base o salário mensal de profissional de ENGENHEIRO PLENO estabelecido no Sistema Nacional de Preços e Insumos da Construção Civil (SINAPI), sob o prisma de uma contratação por 08(oito) meses. Considerou-se a previsão de prorrogação por 02(meses) além do prazo inicial de contrato de 180(cento e oitenta) dias."

13- Nota-se que o Termo de Referência estipulou o valor estimado de R\$ 14.763,30 mensal por cada profissional.

14- Por outro lado, consta nos autos proposta comercial nos seguintes termos:

Proposta do profissional Renan Dias, mestre em engenharia mecânica. Valor: R\$ 8.831,50

Proposta de Odilon Cardoso, engenheiro especialista. Valor da proposta: R\$ 9.000,00

15- A doutrina e a jurisprudência pacificaram o entendimento de que **a justificativa de preço em casos de inexigibilidade de licitação se faz mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada para outros órgãos públicos ou pessoas privadas. Essa também é a orientação da AGU, vinculante para esta Procuradoria.** Vejamos:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA AGU Nº 17/2009

É obrigatória a justificativa de preço na inexigibilidade de licitação, que deverá ser realizada mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada junto a outros órgãos públicos ou pessoas privadas.

INDEXAÇÃO: INEXIGIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DIRETA. JUSTIFICATIVA DE PREÇO. PROPOSTA. CONTRATADA.

REFERÊNCIA: art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993; Despacho do Consultor-Geral da União nº 343/2007; Informativo NAJ/RJ, ANO 1, Nº 1, jun/07, Orientação 05; Decisão TCU 439/2003-Plenário, Acórdãos TCU 540/2003-Plenário, 819/2005-Plenário, 1.357/2005-Plenário, 1.796/2007-Plenário.

16- Assim, a justificativa de preço deve ser feita mediante a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada para outros órgãos públicos ou pessoas privadas.

17- No presente caso, a Administração não fez constar dos autos os preços oferecidos pelos futuros contratados a outros tomadores de serviços, o que deve ser providenciado.

18- Portanto, entende-se que não está comprovado nos autos a razoabilidade do valor da contratação, o que deve ser providenciado pela administração, conforme exposto nos itens anteriores do presente opinativo.

19- Sugere-se, ainda, que seja substituído o critério usado no item do Termo de Referência (salário estabelecido no SINAPE) pelo valor apresentado nas propostas, com a comparação da proposta apresentada com preços praticados pela futura contratada com outros órgão públicos e pessoas privadas, conforme já demonstrado acima.

Da regularidade fiscal e trabalhista

20- A comprovação da regularidade fiscal é requisito para a contratação, que só ocorrerá com a devida assinatura do contrato. Nesse sentido, **NÃO** consta a juntada dos documentos referentes à regularidade fiscal da futura contratada: Certificado de Regularidade do FGTS, Certidão Negativa de Débitos relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e Cadin. Portanto, **deve ser atestada nos autos a regularidade fiscal e trabalhista antes da assinatura do contrato, com a averiguação criteriosa dos documentos elencados. Alerta-se, ainda, para atenção quanto ao vencimento das certidões.**

Da disponibilidade orçamentária

21- No intuito de evitar que a Administração celebre contratos sem que disponha de recursos orçamentários para honrar as obrigações pecuniárias dele decorrentes, o artigo 7º, § 2º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993 só permite que se promova uma licitação quando houver previsão de recursos orçamentários.

22- No caso dos autos, verifica-se que não consta a previsão dos recursos orçamentários em sua integralidade, o que impede a contratação.

23- Nota-se que o DESPACHO Nº 2016/2020 - DGO informa a disponibilidade orçamentária para atender a despesa no valor de R\$ 63.586,80 (sessenta e três mil quinhentos e oitenta e seis reais e oitenta centavos), conforme solicitado no DESPACHO Nº 1673/2020 - PROAD.

24- Ressalta-se, ainda, que o DESPACHO Nº 3919/2020 - DGO solicita à PROAD autorização para fazer os ajustes no orçamento, tendo em vista o DESPACHO Nº 3770/2020 - PROAD que solicita informar a disponibilidade orçamentária no valor de R\$ 64.800,00 (sessenta e quatro mil e oitocentos reais), tendo em vista a inclusão dos serviços de engenheiro clínico.

25- Portanto, verifica-se que a previsão orçamentária não está comprovada nos autos.

26- Assim, opina-se que somente haja prosseguimento do presente processo após manifestação da DGO no sentido de previsão pela DGO dos recursos orçamentários na integralidade da contratação.

Das exigências da Lei Complementar nº 101/2000

27- O artigo 16, I, da Lei Complementar 101/2000, preceitua, *in verbis*:

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do caput será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do caput constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

28- Na hipótese de a contratação não visar à criação, a expansão ou o aperfeiçoamento de ação governamental, ou, visando, não acarretar aumento de despesa, deverá a Administração deixar claro tais circunstâncias nos autos. Caso, porém, se configure que a contratação será instrumento para a criação, expansão ou o aperfeiçoamento de ação governamental, com aumento de despesa, deverá a Administração lançar nos autos do procedimento, os dois documentos relacionados no artigo 16 da Lei Complementar nº 101/2000.

Das minutas do termo de referência e do contrato

29- Quanto às minutas do termo de referência dos contratos, entende-se que estão de acordo com a legislação, desde que feitas as adequações já sugeridas nos itens listados acima.

III. Conclusão

30- Pelo exposto, a Procuradoria-Geral Federal, por intermédio de seu membro, opina pela legalidade da contratação direta, com as recomendações contidas nos itens **10, 11, 16, 17, 18, 19, 26, 28 e 29**, para os fins da lei, nos termos e limites deste parecer.

31- É o parecer. Devolvam-se os autos ao setor de origem, para adoção das providências pertinentes.

Macapá, 26 de março de 2020.

LARISSA MOUTINHO DE MOURA MOREIRA
Procuradora-Chefe

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23125038129201736 e da chave de acesso 83aeba0b

Documento assinado eletronicamente por LARISSA MOUTINHO DE MOURA, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 399265470 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): LARISSA MOUTINHO DE MOURA. Data e Hora: 26-03-2020 22:45. Número de Série: 17314458. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.
