



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL JUNTO AO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA
DE SANTA CATARINA
GABINETE
RUA 14 DE JULHO, 150 - COQUEIROS CEP: 88075-010

PARECER n. 00226/2023/GAB/PF/IFSC/PGF/AGU

NUP: 23292.021462/2023-22

INTERESSADOS: INSTITUTO DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SANTA CATARINA - IFSC

ASSUNTOS: DEMAIS HIPÓTESES DE INEXIGIBILIDADE

EMENTA: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº.: 41017/2023 CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÃO PARA O 10º JIFSC, CONSISTINDO EM DISPONIBILIZAÇÃO DE ESTRUTURA ESPORTIVA (QUADRAS POLIESPORTIVAS, GINÁSIOS, ETC, VESTIÁRIOS, ETC) DO COMPLEXO ESPORTIVO BERNARDO WERNER – SESI BLUMENAU, E SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO NO COMPLEXO ESPORTIVO BERNARDO WERNER – SESI BLUMENAU, PARA A REALIZAÇÃO DOS JOGOS DO INSTITUTO FEDERAL DE SANTA CATARINA (10º JIFSC), NO PERÍODO DE 02 A 04 DE AGOSTO DE 2023 EM BLUMENAU-SC - FUNDAMENTO NO ARTIGO 25, INCISO I DA LEI 8.666/93 - DENTRO DAS FORMALIDADES LEGAIS - **SOMOS PELA APROVAÇÃO APÓS ATENDIMENTO DO APONTADO NO ITEM 32.**

I - RELATÓRIO

Vistos, lidos e examinados estes autos, etc.

1. O exame desta Procuradoria Federal em execução junto ao IFSC se dá nos termos do art. 11 c/c artigo 18 da Lei Complementar nº 73/93 – Lei Orgânica da Advocacia Geral da União, e do art. 10, § 1º, da Lei nº 10.480/2002, subtraindo-se análises que importem considerações de ordem técnica, financeira ou orçamentária, considerando a delimitação legal de competência institucional deste Órgão, que requer análise jurídica da legalidade do processo licitatório, por INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº.: 41017/2023 CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÃO PARA O 10º JIFSC, CONSISTINDO EM DISPONIBILIZAÇÃO DE ESTRUTURA ESPORTIVA (QUADRAS POLIESPORTIVAS, GINÁSIOS, ETC, VESTIÁRIOS, ETC) DO COMPLEXO ESPORTIVO BERNARDO WERNER – SESI BLUMENAU, E SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO NO COMPLEXO ESPORTIVO BERNARDO WERNER – SESI BLUMENAU, PARA A REALIZAÇÃO DOS JOGOS DO INSTITUTO FEDERAL DE SANTA CATARINA (10º JIFSC), NO PERÍODO DE 02 A 04 DE AGOSTO DE 2023 EM BLUMENAU-SC.

2. Ao compulsar o presente expediente, é possível extrair que o feito fora regularmente iniciado, tendo sido protocolizado e registrado.

3. Partindo-se a análise dos princípios reitores da administração elencados no art. 37 da CF pelo princípio da legalidade, primeiramente, faz-se necessário iniciar sua abordagem pela interpretação sistemática que se extrai da leitura conjunta daquele dispositivo voltado especificamente à Administração com o enunciado voltado a toda sociedade e

encartado no art. 5º, II da CF. Enquanto este mandamento assegura a todos, indistintamente, a prerrogativa de liberdade de somente se obrigarem a fazer o que determina a lei, aquele outro mandamento restringe de forma específica que o agente público somente pode agir nos limites permitidos pela lei.

4. A interpretação que se extrai desta leitura conjunta é de que enquanto o particular não tem poderes ou prerrogativas, mas pode fazer tudo que a lei não proíbe, o agente público tem poderes ou prerrogativas, mas só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. De certa forma, pode-se sintetizar que, em regra, entre particulares, vigora a autonomia da vontade, enquanto **que, em sede pública, a administração e o agente público têm vontades delimitadas pela lei e pelo interesse público.**

5. Feita esta introdução geral, atentando-se especificamente para a sede pública, releva que o princípio da legalidade, mencionado no art. 37 da CF, exige que os agentes públicos mantenham sua atuação funcional delimitada por previsão legal.

6. O processo em epígrafe tem como objeto INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO Nº.: 41017/2023 CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÃO PARA O 10º JIFSC, CONSISTINDO EM DISPONIBILIZAÇÃO DE ESTRUTURA ESPORTIVA (QUADRAS POLIESPORTIVAS, GINÁSIOS, ETC, VESTIÁRIOS, ETC) DO COMPLEXO ESPORTIVO BERNARDO WERNER – SESI BLUMENAU, E SERVIÇO DE ALIMENTAÇÃO NO COMPLEXO ESPORTIVO BERNARDO WERNER – SESI BLUMENAU, PARA A REALIZAÇÃO DOS JOGOS DO INSTITUTO FEDERAL DE SANTA CATARINA (10º JIFSC), NO PERÍODO DE 02 A 04 DE AGOSTO DE 2023 EM BLUMENAU-SC.

7. O processo está instruído com os seguintes documentos:

- o Termo de Abertura do Processo;
- o Formulário de Acompanhamento dos Processos;
- o Memorando Solicitação a Abertura do Processo Portaria nº 1798/223 Designando a Comissão Organizadora do JIFSC;
- o Documento de Formalização de Demanda;
- o Estudo Técnico Preliminar;
- o Relatório dos itens com as requisições;
- o Proposta do SESI;
- o CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA;
- o Minuta do Contrato de Pessoa Jurídica;
- o Pre-Empenho;
- o Documentos de Habilitação;
- o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF - Maria Clara Café;
- o Certidão de Débitos Estaduais - Maria Clara Café;
- o Certidão Negativa de Débitos Municipais - Maria Clara Café;
- o Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica - TCU - Maria Clara Café;
- o Certificado de Regularidade do FGTS - CRF - SESI;
- o CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA DE DÉBITOS RELATIVOS AOS TRIBUTOS FEDERAIS E À DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO - SESI;
- o Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - SESI;
- o Consulta Consolidada de Pessoa Jurídica - SESI;
- o Declaração de Inexistente de Fato Superveniente - SESI;
- o Declaração de Menor - SESI;
- o Declaração de não utilização de trabalho Degradante ou Forçado - SESI;
- o Declaração de Cota de Aprendizagem - SESI;
- o Declaração de Acessibilidade - SESI;
- o Declaração de Ciência e Concordância - SESI;
- o Declaração de Ciência e Concordância - Maria Clara Café;
- o Declaração de Acessibilidade - Maria Clara Café;
- o Declaração de Cota de Aprendizagem - Maria Clara Café;
- o Declaração de não utilização de trabalho Degradante ou Forçado - Maria Clara Café;
- o Declaração de Menor - Maria Clara Café;

- o Declaração de Inexistente de Fato Superveniente - Maria Clara Café;
- o Solicitação de Pré-Empenho;
- o Pré-Empenho;
- o Projeto Básico;
- o Quadro de Especificidades mínimas;
- o Pesquisa de Preços de Materiais para Licitação;
- o Despacho.

É relatório, em breve resumo.

OPINO.

II.1 - JUSTIFICATIVA E DA MOTIVAÇÃO

8. Sobre a justificativa para a deflagração do procedimento, a doutrina moderna ensina que todo ato administrativo precisa ser motivado. No terreno dos contratos administrativos não é diferente. Além de cumprir regramento legal, como por exemplo, o contido nos artigos 2º e 50, inciso IV, da Lei 9.784/99, a decisão por contratar esse ou aquele objeto precisa ter uma conformação com o interesse público, situação que só é demonstrável a partir da motivação ou justificativa do ato de contratação.

9. Aliás, em se tratando de licitações e contratos, levando em conta que os órgãos integrantes do controle externo analisarão a conduta do gestor muito tempo depois, acredita-se ser do maior interesse que as razões que determinaram a prática do ato fiquem inteiramente registradas para não permitir nenhum tipo de análise equivocada no futuro.

10. Há que se ponderar, ainda, que justificar a abertura de um processo para inexigibilidade de licitação, significa demonstrar previamente, de maneira metódica e didática, as razões pelas quais a Administração está a desencadear esse ou aquele objeto. Ou mesmo porque escolheu um caminho em detrimento de outro.

11. Os atos da Administração devem ser motivados, sob pena de nulidade. Com efeito, o Projeto Básico (fls. 36/37) prescreve diversas obrigações às partes deve ser devidamente motivada para que tenha validade jurídica, conforme determina o art. 2º da Lei n. 9.784/99 e os princípios elencados no artigo 37 da Constituição da República, especialmente os da legalidade e da moralidade administrativa.

12. A respeito do tema, cumpre transcrever as lições de Celso Antônio Bandeira de Melo. Aduz o doutrinador que o princípio da motivação:

"Implica para a administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que esse último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo." (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 18ª ed., pg. 102).

13. A motivação do ato administrativo há de ser prévia, quando muito, contemporânea à sua prática, pois os agentes administrativos são simples gestores de interesses da coletividade.

14. Nas palavras de Celso Antônio de Mello (Curso de Direito Administrativo, 21ª edição, Malheiros, p. 383):

"Se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de

invalidação dele, inventar algum motivo, 'fabricar' razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato."

15. Vale lembrar a teoria dos motivos determinantes, ou seja, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se baseou, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

16. A justificativa apresentada pela administração para contratação por Inexigibilidade tem o seguinte fundamento:

A finalidade do IFSC é formar e qualificar profissionais no âmbito da educação profissional e tecnológica, nos diferentes níveis e modalidades de ensino, para os diversos setores da economia, bem como realizar pesquisa aplicada e promover o desenvolvimento tecnológico de novos processos, produtos e serviços, em estreita articulação com os setores produtivos e a sociedade, especialmente de abrangência local regional, oferecendo possibilidades para uma educação cidadã e continuada.

[...]

II.2 - DO MÉRITO

17. A contratação está prevista no art. 25, que exige para a caracterização de inexigibilidade:

"É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial [...]"

I- para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

18. Marçal Justen Filho assim se manifesta a respeito do tema:

"Pode-se afirmar que a dispensa pressupõe uma licitação 'exigível'. É inexigível a licitação quando a disputa for inviável. Havendo viabilidade de disputa é obrigatória a licitação, excetuando-se os casos de 'dispensa' imposta por lei. Sob esse ângulo, a inexigibilidade deriva da natureza das coisas, enquanto a dispensa é produto da vontade legislativa. Esse é o motivo pelo qual as hipóteses de inexigibilidade, indicadas em lei, são meramente exemplificativas, enquanto as de dispensa são exaustivas." E ainda:

"Vale dizer, instaurar a licitação em caso de dispensa significaria deixar de obter uma proposta ou obter uma proposta inadequada. Na dispensa, a competição é viável e, teoricamente, a licitação poderia ser promovida. Não o é porque, diante das circunstâncias, a Lei reputa que a licitação poderia conduzir à seleção de solução que não seria a melhor, tendo em vista circunstâncias peculiares. Como decorrência, a conclusão acerca da caracterização da inexigibilidade faz-se em momento logicamente anterior ao do reconhecimento da dispensa. Num primeiro momento, avalia-se se a competição é ou não viável. Se não o for, caracteriza-se a inexigibilidade. Se houver viabilidade, passa-se à verificação da existência de alguma hipótese de dispensa." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", Editora Dialética, 8ª edição, página 233, 277 e 278).

19. Compreendida a inviabilidade de competição como a pedra de toque das hipóteses de inexigibilidade de licitação, cumpre examinar se a contratação de que trata os presentes autos reveste-se de tal elemento, prescindindo-se assim, de prévio procedimento licitatório.

20. O fundamento para a contratação direta por meio do mecanismo da inexigibilidade é a inviabilidade de competição.

21. Portanto, para que se promova a aquisição direta com fundamento na inexigibilidade, é fundamental que no processo de contratação esteja cabalmente justificado que as opções de similares existentes no mercado são incapazes de atender aos interesses da Administração, tendo em vista que as funcionalidades ou características essenciais buscadas pela entidade pública só podem ser atendidas por um específico prestador.

22. E mais! Não basta possuir essa característica especial buscada, é preciso que o elemento diferencial somente presente no produto escolhido seja realmente necessário para a Administração, justificadamente. Do contrário, pagar-se-á por um luxo desnecessário, sendo que os similares poderiam desempenhar as funcionalidades essenciais a contento - e nessa situação haveria viabilidade de competição.

23. Como se vê do entendimento do autor, supratranscrito, antes de se verificar a possibilidade de se proceder à dispensa da licitação para ter efeito à contratação direta, deve-se observar se há viabilidade de se haver ou não o processo licitatório.

24. Não havendo viabilidade, há que se proceder à inexigibilidade da licitação, nos termos da Lei, e assim como foi colocado pela doutrina citada. Havendo a possibilidade de se licitar, mas se encaixando em uma das hipóteses exaustivas de dispensa de licitação, esta poderá ser dispensada.

25. De toda sorte, não se arrola entre as competências do órgão de consultoria jurídica a atribuição de conferir a veracidade ou autenticidade do conteúdo daquela ou de qualquer outra declaração, sobretudo quando em questão a exclusividade de serviço pretendido pela Administração Pública, sob pena de inversão de ônus, como normatizado pela ON/AGU 16/2009, quando estabelece:

COMPETE À ADMINISTRAÇÃO AVERIGUAR A VERACIDADE DO ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE APRESENTADO NOS TERMOS DO ART. 25, INC. I, DA LEI Nº 8.666, DE 1993. INDEXAÇÃO: INEXIGIBILIDADE. FORNECEDOR EXCLUSIVO. ATESTADO DE EXCLUSIVIDADE. VERACIDADE. AVERIGUAÇÃO. REFERÊNCIA: Art. 25, inc. I, da Lei nº 8.666, de 1993. Despacho do Consultor-Geral da União 343/2007. Parecer AGU/CGU/NAJSE 54/2008-JANS. Acórdãos TCU 1.796/2007. (Plenário, 223/2005) Plenário.

26. A Justificativa para inexigibilidade de licitação consta no Projeto Básico.

II.3 - DO VALOR A SER CONTRATADO

27. O item **1.3 do Projeto Básico** declara haver disponibilidade orçamentária e financeira para atender as despesas estimadas, confirmadas pelos **pré-empenhos** anexos, sendo o valor total do processo no **valor de R\$ 236.624.00 (duzentos e trinta seis mil e seiscentos e vinte e quarteo reais)**.

28. Destarte, insta lembrar que, a despeito do descrito no parágrafo único com seus incisos do art. 26 da Lei nº 8.666/93, antes de se contratar por inexigibilidade de licitação, deverão acostar-se os elementos como razão da escolha do fornecedor e justificativa de preço, a fim de se verificar a sua razoabilidade a ser suportado pela Administração Pública, in verbis:

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. ([Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005](#)).

Parágrafo único. O Processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço;

29. O TCU já se manifestou a respeito, senão vejamos:

Vale ressaltar, com isso, que não há justificação de preço realizada mediante comparação da proposta com os praticados pela pretensa contratada com órgãos públicos ou empresas privadas (Decisão TCU 439/2003-Plenário, Acórdãos TCU 540/2003-Plenário, 819/2005-Plenário, 1.357/2005-Plenário, 1.796/2007-Plenário).

30. A Autarquia juntou no processo em epígrafe orçamentos apresentados pela própria empresa, conforme se demonstra no Processo, onde foram inseridas no processo notas fiscais a fim de comprovar os preços praticados no mercado.

III - CONCLUSÃO

32. Com relação à contratação de pessoa jurídica por **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO** trazida ora à análise, cuja matéria foi exaustivamente examinada à luz das incursões no campo jurídico doutrinário, considera-se que a mesma reúne em partes os elementos essenciais exigidos pela legislação aplicada à espécie, razão pela qual **SOMOS PELA APROVAÇÃO. APÓS ALTERAÇÃO DOS DADOS DO REITOR NA MINUTA DO CONTRATO, BEM COMO ALTER A COMPETÊNCIA DO PARA A JUSTIÇA FEDERAL DE FLORIANÓPOLIS.**

33. Por derradeiro, cumpre salientar que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. Destarte, à luz do art. 131, da Constituição Federal de 1988, e do art. 11 da Lei 10.480/2002, incumbe a este órgão de execução da Advocacia-Geral da União prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar a conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito do Instituto Federal de Santa Catarina, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

Florianópolis, 11 de julho de 2023.

ROGÉRIO FILOMENO MACHADO
PROCURADOR FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <https://supersapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 23292021462202322 e da chave de acesso a21e2002



Documento assinado eletronicamente por ROGÉRIO FILOMENO MACHADO, 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 1223711935 e chave de acesso a21e2002 no endereço eletrônico <https://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): ROGÉRIO FILOMENO MACHADO, com certificado A1 institucional (*.agu.gov.br). Data e Hora: 11-07-2023 22:22. Número de Série: 51385880098497591760186147324. Emissor: Autoridade Certificadora do SERPRO SSLv1.
