



**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
CONSULTORIA JURÍDICA**

Processo nº 8523742-47.2022.8.06.0000

Interessada: Secretaria de Gestão de Pessoas

Assunto: Contratação direta de instituição para a prestação de serviços de organização, planejamento e realização de concurso público destinado ao provimento de vagas e formação de cadastro de reserva para o cargo de Técnico Judiciário, fundamentada no art. 75, XV, da Lei 14.133/2021.

PARECER

1. DO RELATÓRIO

Em evidência, o Processo Administrativo acima identificado, por meio do qual a Secretaria de Gestão de Pessoas remete, para análise e considerações desta Consultoria Jurídica – CONJUR, nos termos do § 3º do art. 53 da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), proposta de contratação direta de instituição especializada na prestação de serviços técnicos, com vistas à organização e realização de concurso público destinado ao preenchimento de vagas e formação de cadastro de reserva para o cargo de Técnico Judiciário, fundamentada no art. 75, XV, da referida Lei nº 14.133/2021.

Após atuação da Área Técnica, vieram os autos conclusos a esta Unidade Consultiva, para apreciação quanto à juridicidade da realização da contratação, notadamente, por dispensa de licitação, atendendo, assim, o disposto no inciso III do art. 72 da NLLC, tendo sido o Processo instruído inicialmente com os seguintes documentos:

- a) Estudo Técnico Preliminar – ETP (fls. 3-7);
- b) Projeto Básico (fls. 8-27);
- c) Proposta Técnica apresentada por 3 (três) fornecedores (fls. 29-102);
- d) justificativa para escolha de instituição organizadora (fls. 105-107);

- e) documentação de habilitação e qualificação: ato constitutivo e Estatuto Social, certidões de regularidade fiscal, FGTS e trabalhista, bem como Atestados de Experiência e Capacidade Técnica da instituição melhor cotada – CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIAÇÃO E SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS (Cebraspe) (fls. 108-167);
- f) minuta do contrato a ser formalizado (fls. 184-214).

Naquele primeiro momento, fez-se indispensável o retorno dos autos à Unidade responsável pelo presente Processo de contratação direta, a fim de que fossem realizadas as diligências, adiante sintetizadas:

- a) elaboração do TR, ou a justificativa da impossibilidade de o fazê-lo;
- b) justificar, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 23 da Lei nº 14.133/21, a escolha dos 3 (três) fornecedores (embora no específico caso desta contratação direta, a questão da estimativa de despesas seja pela taxa de inscrição, ou seja, o que vai custear o serviço é o produto da arrecadação, não havendo necessidade de desembolso pelo Tribunal);
- c) justificar porque, de fato, escolheu o Cebraspe como Instituição mais vantajosa para a Administração, conforme explicitado acima;
- d) exigir do Cebraspe documentação comprobatória de que não emprega menor; e
- e) a correção da indicação dos dispositivos para fundamentar legalmente a contratação com base na nova Lei nº 14.133/2021 e não na Lei nº 8.666/1993.

Na sequência, após o cumprimento das diligências acima requeridas, voltam-se conclusos os autos à esta Consultoria Jurídica – CONJUR para nova apreciação, trazendo a documentação de fls. 226-231.

É, no essencial, o relatório. Cumpre-nos opinar.

2. DA DELIMITAÇÃO DO PARECER JURÍDICO

Preliminarmente, cumpre-nos registrar que o âmbito de análise deste parecer se restringe aos aspectos de juridicidade do processo trazido a exame, pois não cabe à esta Consultoria Jurídica adentrar nos aspectos técnicos, econômicos, de conveniência e oportunidade da contratação ora pretendida, sob pena de usurpar competência que é própria do Administrador Público no exercício de seu mister, por força do art. 24 da Lei Estadual nº 16.208/17 (disponibilizada no D.O de 06 de abril de 2017).

Além do que, em obediência ao Princípio da Legalidade, a Administração não pode atuar contra a lei ou além dela, de modo que a atividade administrativa somente pode ser

exercida *secundum legem*, sob pena de serem invalidados os atos praticados em desobediência a tais parâmetros.

Sobre tal postulado, é correto afirmar que, enquanto cânone basilar do Estado de Direito, o Princípio da Legalidade obsta que o gestor público atue – seja outorgando ao administrado um benefício, seja restringindo-lhe um direito – sem o correspondente respaldo legal.

Na antológica comparação de HELY LOPES MEIRELLES, “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”¹.

E arremata JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO: “*só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei*”².

Firmada essa breve premissa, passa-se, nos tópicos seguintes, ao exame do vertente Processo de contratação direta e da minuta de contrato nele inserida, com o fito de verificar se os mesmos se encontram em consonância com os princípios e normas legais que lhes são pertinentes.

3. DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

3.1 Aplicação da Lei nº 14.133/2021 à espécie

Recentemente promulgada (em 1º de abril do ano corrente), a Lei nº 14.133/2021 inaugurou um novo regime normativo para as licitações e contratos administrativos, consolidando a disciplina de matérias que dantes se achavam esparsas em diferentes diplomas legais – aqui importa fazer referência, desde logo, à Lei nº 8.666/1993; à Lei nº 10.520/2002; e à Lei nº 12.462/2011.

Veja-se que o novel estatuto **não** determinou a revogação imediata dos regramentos anteriores, de modo que estes permanecerão vigentes, simultaneamente à nova lei, até 1º de abril 2023, conforme art. 193, da Lei nº 14.133/2021.

Como se percebe, o legislador franqueou um período de dois anos para a transição e adaptação da Administração Pública às disposições da nova legislação, sendo vedada neste interregno, contudo, a utilização “combinada” do diploma mais recente com as leis mais antigas que tratam da mesma matéria.

¹ Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.

² Manual de Direito Administrativo. 19. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 17.

Pertence, desse modo, ao administrador, optar pelo emprego de uma ou de outra lei nas licitações ou contratos, indicando a opção feita no edital, aviso ou instrumento de contrato. É esta a exata inteligência que se haure do art. 191 da Lei Federal nº 14.133/2021.

Nesse tocante, consoante já exposto por este Órgão Consultivo no Despacho de fls. 218-223, no âmbito do Poder Judiciário Estadual, a Presidência deste Sodalício editou a Portaria nº 1764, de 25 de outubro de 2021, alinhavando um cronograma gradual de transição para o proveito da nova lei pela Administração Pública. Como Primeira Etapa, a ser implementada já no mês de novembro de 2021, o art. 1º da Portaria impõe a aplicação da Lei nº 14.133/2021 às hipóteses de contratação direta, excluindo-se, por conseguinte, eventual incidência da Lei nº 8.666/1993, sendo, essa determinação, ratificada, posteriormente, pela Portaria nº 1249/2022 (DJe de 1º de junho de 2022), segundo a qual “*A programação de aplicação da nova Lei para as contratações diretas prevista na etapa 01 permanece inalterada*” (§ 2º).

De tal sorte, em obediência à Portaria Presidencial citada, passa-se doravante ao exame da *quaestio* sob o pálio e sob os ditames da Lei Federal nº 14.133/2021.

3.2 Da viabilidade da contratação direta, por dispensa de licitação

Como se sabe, a regra, no direito brasileiro, é a obrigatoriedade de prévia licitação para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública, conforme se depreende a partir da leitura do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá sempre 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 contratadas 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)

Nota-se, porém, que a própria Carta Política atribuiu competência ao legislador infraconstitucional para definir hipóteses excepcionais em que é possível a contratação direta pela Administração Pública, sem a necessidade de prévia licitação.

Nesse sentido, regulamentado a ressalva contida na primeira parte do supracitado inciso XXI do art. 37 da CF/88, a Lei nº 14.133/2021 estabelece, expressamente, os casos em

que a licitação, embora possível de ser realizada, é dispensável (art. 75) e, bem assim, as hipóteses em que a licitação se mostra inexigível, por inviabilidade prática de competição no mercado (art. 74).

E tanto a dispensa quanto a inexigibilidade devem ser utilizadas dentro da excepcionalidade da circunstância verificada, resguardando-se sempre o melhor interesse da Administração, sem desrespeitar os princípios da moralidade e da isonomia. Noutros dizeres: em ambos os casos, a Administração *“tem o dever de buscar a melhor contratação possível em face das circunstâncias, adotando todas as circunstâncias que o caso poderia exigir”*³.

É que *“A contratação direta não significa o afastamento dos princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem autoriza escolhas prepotentes ou arbitrarias. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (também nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes”*⁴.

Portanto, *“a contratação direta não significa eliminação de dois postulados consagrados a propósito da licitação. O primeiro é a existência de um processo administrativo. O segundo é a vinculação estatal à realização de suas funções”*⁵.

3.3 Da modalidade de dispensa, com arrimo no art. 75, inciso XV, da Lei nº 14.133/2021.

Em relação a essa modalidade, o objeto do contrato vai além das atividades de execução, podendo ser de apoio, captação e execução de atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional e recuperação de preso.

Na medida em que o Estado cria instituições para realizar determinados serviços, fornecimentos para o próprio Estado, não faz sentido a licitação, pois contrariaria o princípio da economicidade. Noutro falar: tem-se a opção do Estado de criar essa estrutura administrativa e a ideia é para priorizar a eficiência e a economicidade. É um facilitador para a Administração.

E é o art. 218 da CRFB/1988 que estabelece o dever do Estado de promover, incentivar e estimular essas instituições que atuam na pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, Brasill, 2021, p. 942.

⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 938.

⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 938.

recuperação de presos, ou seja, fomentar instituições que tenham essa vocação, que não tenham fins lucrativos e que sejam sérias, e não instituições de fachadas, que objetivam só receberem orçamento público (art. 75, inciso XV).

E é a motivação, o detalhamento da contratação, que vai validar o processo.

De acordo com o Tribunal de Contas da União, há necessidade de nexo entre o dispositivo e o objeto a ser contratado.

E deve ser justificado o preço que a Administração vai contratar, o que não significa dizer que seja o menor preço, mas deve haver razoabilidade do preço aplicado através de uma motivação mínima.

A propósito, luminosos os ensinamentos de Ronny Charles Lopes de Torres:

O inciso XV do art. 75 permite a contratação direta por dispensa 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.

Este dispositivo tem relação com o art. 218 da Constituição Federal, que impõe ao Estado o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. Contudo, estabelece vários requisitos para que seja permitida a incidência da hipótese de dispensa.

Para que seja legítima a contratação direta com base no inciso XV do artigo 75, é necessária a correlação do objeto com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional realizado pela instituição⁶

No presente feito, vê-se que na Primeira Etapa do planejamento para a contratação de instituição organizadora do Concurso pretendido, ao ser elaborado o Estudo Técnico Preliminar – ETP, identificou-se o interesse público envolvido e a melhor solução por meio dessa modalidade de contratação direta por dispensa de licitação, nos termos do art. 75, inciso XV, da Lei nº 14.133/2021, restando bem evidenciado que o objeto a ser contratado guarda estreita correlação com as atividades de desenvolvimento institucional deste TJCE, em consonância com o entendimento do TCU.

É o que se pode conferir da motivação detalhada feita pela Gerência de Administração de Pessoas, constante do ETP (fls. 3-7), transcrita no que importa:

⁶ TORRES, Ronny Charles Lopes de. 12. ed. São Paulo: *Juspodivm*, 2021, p. 440-441.

Diante da preparação do Poder Judiciário cearense para seus desafios planejados para 2030, além de promover o desenvolvimento dos servidores internos, que já constituem o Poder Judiciário, faz-se necessário incrementar a força de trabalho especializada, investir em agregar servidores novos à cultura da organização para promover a troca de conhecimento e a inovação por meio da oxigenação do Quadro atual de colaboradores do Judiciário cearense.

Outro fator importante a mencionar é a necessidade de incremento de força de trabalho de servidor efetivo nas unidades judiciárias tanto no interior como na capital. Hoje, considerando a força de trabalho apenas dos servidores efetivos, todas as unidades do interior do estado encontram-se deficitárias em relação à lotação paradigma definida, cálculo esse feito com base nas instruções definidas pelo Conselho Nacional de Justiça por meio da Resolução nº 2019, de 26 de abril de 2016.

O TJCE no seu Plano de Cargos, Carreira e Remuneração dos Servidores (PCCR) atual, regido pela Lei Estadual nº 14.786, de 13 de agosto de 2010 (DO 17.08.10), distribui os seus cargos da seguinte forma: Auxiliar Judiciário, escolaridade de nível fundamental; os de Técnico Judiciário, escolaridade nível médio; os de Analista Judiciário e Oficial de Justiça, ambos de escolaridade de nível superior.

O cargo de Técnico Judiciário, conforme já exposto, é cargo de nível médio e, quando atuando na área judiciária, é denominado de Técnico Judiciário – área judiciária com atribuições, entre outras, de executar tarefas judiciárias relacionadas ao atendimento aos magistrados e às partes, à tramitação dos feitos, à realização de abertura e encerramento de audiências. Para o referido cargo, o último concurso realizado já não possui cadastro de reserva disponível, não havendo, portanto, viabilidade de preenchimento das vacâncias ocorridas. Verifica-se com muita facilidade, portanto, a necessidade de realização de concurso público para a reposição de vacâncias ocorridas para o referido cargo, além das vagas criadas pela Lei estadual nº 17.743/2021, a fim de viabilizar uma melhor prestação jurisdicional.

Já na área administrativa, o Técnico Judiciário tem suas atribuições relacionadas à execução de tarefas de apoio administrativo relacionadas a recursos humanos, materiais e patrimoniais; contabilidade e finanças públicas, auditoria e controle interno; serviços de precatórios; almoxarifado, aquisição de materiais e serviços; operação e manutenção de sistemas informatizados; protocolo e atendimento às partes.

Ultrapassado o contexto fático que evidencia a necessidade de incremento de força de trabalho no Poder Judiciário cearense, será relatado a seguir o quantitativo de cargos vagos no TJCE.

*a) Técnico Judiciário: **23 (vinte e três) cargos.***

Atualmente há 23 (vinte e três) cargos vagos de Técnico Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, provenientes de vacâncias. Há concurso vigente para o cargo de

Técnico Judiciário, mais especificamente para área administrativa, sendo os eventuais cargos vagos preenchidos pelos candidatos aprovados no certame anterior, de acordo com a necessidade da Administração. Já para o cargo de Técnico Judiciário área judiciária, foram convocados todos os candidatos que figuraram no resultado final dentro do cadastro de reserva.

À vista do exposto, diante da impossibilidade de se prover os cargos vagos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará por outro meio que não o do concurso público, faz-se necessária a realização da presente contratação.

Assim, demonstrada que está, no caso, a necessidade e a viabilidade da solução, dado que a solução mais adequada é a dispensa de licitação fundamentada no art. 75, XV, da Lei 14.133/2021, por conferir agilidade e eficiência na prestação dos serviços de organização, planejamento e realização de concurso público destinado ao provimento de vagas e formação de cadastro de reserva para o cargo de Técnico Judiciário, além da economia do custo de realização de certame, justificada se acha a conveniência e oportunidade em realizar a dispensa.

3.4 Da instrução documental do processo de contratação direta e regime jurídico-administrativo (art. 72, da Lei 14.133/2021):

Indicada a forma de contratação por dispensa ou inexigibilidade, o processo respectivo deve ser instruído com os documentos elencados nos incisos do art. 72 da Lei nº 14.133/2021:

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.

Nesse quesito, não compete a esta Unidade Jurídica se ater às questões de mérito administrativo, presumindo-se que a justificativa de contratação alicerçada pela Área Técnica e os demais documentos técnicos estão em consonância com o interesse público neste momento. Isso porque, como fartamente aqui exposto, mas de bom alvitre realçar, o tratamento de tais questões compõe, indiscutivelmente, a parcela de discricionariedade que norteia a atuação do administrador público no exercício de seu mister, cabendo-lhe decidir quais os melhores meios técnicos de suprir as necessidades públicas, dentre as opções disponíveis.

Conforme esta Consultoria já teve outrora a oportunidade de se manifestar no Despacho de fls. 218-223, relativamente ao inciso I do art. 72, observa-se, de início, que o **Documento de Formalização da Demanda – DOD** de contratação não foi encaminhado nesta demanda, o qual deveria conter a descrição sumária do objeto almejado pela Administração Pública e registrar a necessidade que o Órgão tem para contratar com o particular por não conseguir satisfazer essa necessidade diretamente com os próprios recursos.

É bem verdade que que o inciso I do art. 72 da Lei nº 14.133/2021 exige a necessidade de instrução no processo de contratação direta, do documento de formalização da demanda. O sentido é dar o pontapé inicial à demanda. Mas isso não quer dizer que as informações que deveriam estar nele consignadas não possam ser vislumbradas no Estudo Técnico Preliminar (ETP), no Termo de Referência (TR) ou no Projeto Básico.

É exatamente o que se verifica no caso dos autos, em que o detalhamento da necessidade da contratação direta por dispensa para contratação de instituição organizadora do Concurso Público para Técnico Judiciário que se pretende realizar já se revela devidamente registrado e suficientemente motivado no presente Processo por inteiro, especialmente no ETP e no Projeto Básico, tendo sido o feito instruído, inclusive, com a publicação da Portaria inaugural de designação da Comissão Organizadora do Certame (Portaria nº 1264/2022, DJe de 2/6/2022), dispondo acerca da necessidade de preenchimento do quadro funcional das unidades criadas pela Lei Estadual nº 17.743/2021 e determinando a deflagração dos trabalhos pela Comissão.

Por isso justo, apenas nessa hipótese, em que o processo já se acha formalizado, a essa altura, do ponto de vista técnico, jurídico e razoável, a lógica mais elementar nos diz que a exigência do Documento de Formalização de Demanda parece ser dispensável, já que a descrição da necessidade deste TJCE em contratar instituição organizadora do Certame em comento já se acha aqui alicerçada em outros documentos. Pensar de modo diverso, ensejaria

um formalismo exacerbado, indo na contramão dos princípios da razoabilidade, da celeridade, da eficiência e da economicidade, intrínsecos a esse tipo de contratação.

Em contrapartida, imperioso sugerirmos que, nas contratações vindouras, o cumprimento da exigência do Documento de Formalização de Demanda é medida que se impõe.

Superada essa questão, passa-se à análise dos demais documentos destinados à descrição do objeto a ser contratado, às especificações sobre seus parâmetros e outros elementos mínimos relevantes da contratação, observando-se, desde logo, que foram juntados aos autos, conforme exposto alhures, o **Estudo Técnico Preliminar – ETP** (fls. 3-7) e o **Projeto Básico (fls. 8-27)**, elaborados, respectivamente, pela Gerência de Administração de Pessoas e pela Comissão Examinadora e Organizadora do Concurso Público de Servidores.

Inexistentes, nos autos, análise de riscos e Termo de Referência. Ressalte-se, todavia, que a exigibilidade de tais documentos é relativa, pois esses estão inseridos na ressalva constante da parte final do dispositivo em tela (inciso I do art. 72), no qual, como se vê, o legislador fez incluir a expressão “*se for o caso*”, a denotar que seu cabimento é circunstancial.

Sobre o assunto, a doutrina especializada⁷ leciona:

Essa expressão, ‘se for o caso’, tem conteúdo jurídico preciso. É o caso de juntar, se o documento referido existir e estiver disponível. A definição conceitualmente mínima do que a Administração Pública pretende é o primeiro termo, ‘documento de formalização de demanda’, que é obrigatoriamente inserido no processo. A partir da definição com características mínimas, a Administração Pública deve passar ao detalhamento da especificação (grifos nossos)

Consoante outrora já se disse, o TR, malgrado sua possibilidade de dispensa do processo de contratação direta, deve ser levado em consideração que sua elaboração cumpre importante planejamento e demonstração analítica das cláusulas indispensáveis à correta execução da solução a ser contratada, devendo constar os padrões mínimos exigidos no inciso XXIII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, conforme sua literalidade:

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;

⁷ JACOBY FERNANDES, Ana Luíza *et al.* Op. cit., p. 71

- 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;*

Pode-se dizer que o Termo de Referência está para a contratação direta assim como o edital está para as licitações.

Mas, apesar da grande relevância desse documento, repise-se, a sua obrigatoriedade nas contratações diretas não é absoluta, apenas relativa, podendo ser excepcionada e suprida, a depender das circunstâncias de cada caso concreto.

No específico caso, com inteira razão, a Comissão Organizadora do Concurso em epígrafe, ao afirmar que, da leitura que se faz do Projeto Básico constante dos autos, vê-se “*que os requisitos pretendidos para o Termo de Referência foram por ele preenchidos, ou seja, o documento acostado aos autos parece já cumprir a exigência legal de documento, dando, pelo menos aparentemente, cumprimento à exigência de “planejamento e demonstração analítica das cláusulas indispensáveis à correta execução da solução a ser contratada”, conforme despacho mencionado*”.

Decerto, embora não se possa confundir Termo de Referência com Projeto Básico, por serem, os mesmos, documentos distintos, parece mesmo acertado dizer que, no específico caso, o Projeto Básico em alusão, da forma como aqui apresentado, reveste-se das mesmas características do TR, por trazer em seu conteúdo, motivação suficiente e adequada, inerente ao suprimento da ausência do TR, já satisfazendo plenamente os requisitos exigidos no rol das alíneas do inciso XXIII do art. 6º da Lei 14.133/2021. Tudo leva a crer que a Comissão chamou

de Projeto Básico o que na verdade queria denominar de Termo de Referência, visto que, na presente hipótese, aquele se assemelha em tudo a este, possuindo a mesma função de ser um dos principais documentos de planejamento da contratação, extraído do Estudo Técnico Preliminar, após a identificação da necessidade da Administração e a conclusão da viabilidade da contratação.

A *contrario sensu*, novamente, diga-se de passagem, abrir-se-ia margem ao excesso de formalismo, tendo em vista que, nesse específico caso, o Projeto Básico em tudo se assemelha ao TR como documento necessário à indicação do serviço a ser contratado de forma precisa, suficiente e clara e, bem assim à avaliação do custo-benefício que materializa a contratação.

Quanto à justificativa do preço, ela é imprescindível para a demonstração da correção do acordo celebrado.

*“Na prática, é comum que a justificativa do preço em contratações diretas seja realizada através da pesquisa a fornecedores (colhendo-se ao menos três cotações válidas de empresas do ramo) ou pela comparação com os preços praticados pelo fornecedor junto a outras instituições públicas ou privadas”*⁸.

Nesse passo, *“O TCU tem entendido que a apresentação de cotações junto ao mercado é a forma preferencial de se justificar o preço nas dispensas de licitação, devendo ser cotadas, no mínimo, 3 propostas válidas de empresas do ramo [...]”*⁹.

De outra banda, dispõe o inciso IV do § 1º do art. 23 da Lei 14.133/2021 que deve ser apresentada justificativa da escolha desses fornecedores. Eis o teor dos aludidos dispositivos, na sua literalidade:

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

(...)

⁸ TORRES, op. cit., p. 380.

⁹ TORRES, op. cit., p. 380.

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

Nesse tocante à **estimativa da despesa** (inc. II do art. 72), no caso, depreende-se das fls. 29-102 que a Unidade Demandante se utilizou de ferramentas de pesquisa identificadas, mais precisamente, nos incisos III e IV do § 1º do art. 23 da NLLC, observando-se que na vertente contratação direta, a questão da estimativa de despesas é pela taxa de inscrição, ou seja, o que vai custear o serviço é o produto da arrecadação, não havendo necessidade de desembolso pelo Tribunal, “ou seja, o objetivo é que o certame seja remunerado exclusivamente pelos valores das inscrições”, conforme justificado pela Comissão Organizadora do Certame (justificativa de fls. 228-231).

A esse respeito, para a **demonstração do planejamento** e/ou **do meio de pesquisa** que levou à escolha dos 3 (três) fornecedores para buscar a proposta mais vantajosa para orçar o valor da inscrição do Concurso em comento, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 23 da Lei 14.133/21, a Comissão exatificou justamente e bem a tempo que “buscou-se no mercado instituições que já tenham organizado concursos públicos com o órgão para provimento de pessoal efetivo. Desta forma, a escolha das três instituições levou em conta a busca por organizadoras que tenham, em algum momento, promovido seleção pública para o TJCE” (justificativa de fls. 228-221).

Entrementes, para justificar a **escolha do fornecedor e do preço** (no caso, a Instituição CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIAÇÃO E SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS – Cebraspe) (incisos VI e VII do art. 72), a Comissão asseverou com riqueza de detalhes que (sem grifos no original):

*Conforme informado no documento que acompanhou a instrução inicial, **optou-se pelo Cebraspe por ser instituição que apresenta as exigências previstas no art. 75, XV da Lei nº 14.133/2021, bem como pelos fatos elencados naquele e neste documento: a FCC cobrou valor fixo para a realização do certame, sendo necessário prever no orçamento do órgão dotação orçamentária suficiente para fazer frente a obrigação contratual. Já a FGV, apesar de ter apresentado valor da inscrição menor que o Cebraspe, quando da realização do concurso público para Técnico Judiciário de 2019, deixou a desejar na execução contratual, quando da divulgação do resultado final, incluindo na sua listagem como “aprovado” todos os candidatos que atingiram o perfil mínimo, sem considerar o recorte pretendido pela quantidade de vagas, gerou para o órgão um desgaste institucional considerado desnecessário, dificuldade de contato com os seus organizadores para cumprimento de decisões judiciais, que não foram poucas, inclusive em relação aos***

candidatos cotistas, seja pela avaliação de heteroidentificação, seja por questões relativas à classificação dos candidatos.

Desta forma, ao se definir o valor da inscrição igual ao valor cobrado pela entidade, não haverá qualquer desembolso por parte do TJCE. Descarta-se, por prudência, a proposta da FCC, considerando que haveria dispêndio de valores pelo TJCE caso a arrecadação decorrente do número de inscrições não fizesse frente ao valor previsto na proposta a ser pago à contratada. De outro lado, as propostas apresentadas pelo Cebraspe e pela FGV não apresentam dispêndio a ser realizado pelo TJCE, diferindo, em termos financeiros, no valor da inscrição, que é de responsabilidade apenas dos candidatos ao certame, não implicando pagamento por parte do órgão, a não ser o recolhimento e repasse dos valores para a contratada. Ou seja, ainda que não haja o quantitativo de inscrições utilizados para a estimativa de valores, o TJCE não realizará qualquer pagamento à contratada a fim de fazer frente aos valores estimados.

Além disso, não parece ser o menor preço o melhor critério de escolha para uma instituição organizadora de um concurso, até porque a redução do preço implicaria menor arrecadação, o que poderia comprometer a segurança do certame, tanto pela qualidade da seleção, que busca sempre o recrutamento do melhor candidato, como pela lisura do certame, que exige de forma prévia, concomitante e posterior à realização das provas e dos demais procedimentos, a utilização de mecanismos que garantam o seu cumprimento. O Cebraspe possui expertise na realização de concursos públicos de Tribunais e de outros órgãos, já tendo inclusive realizado concursos do TJCE. Além disso, repita-se, a intenção do órgão é que não haja dispêndio de recursos para a realização do certame, e que a organizadora seja remunerada pelo valor da inscrição por parte dos candidatos.

Desta forma, não parece haver qualquer ilegalidade na contratação daquela organizadora que apresenta valor de inscrição superior, tendo em vista que não haverá qualquer prejuízo para a Administração Pública em razão disso. Ressalta-se que o Cebraspe é uma associação civil sem fins lucrativos incumbida da pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional na área da educação, especializada e com ampla tradição e expertise na realização de concursos públicos, avaliações e seleções, já tendo realizado anteriormente certame para o cargo de Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará com desempenho satisfatório.

Assim como os quesitos anteriormente abordados, sob pena de usurpar a competência discricionária do administrador, em atenção ao princípio da confiança, infere-se pela veracidade das declarações da Comissão Organizadora do Concurso de Técnico Judiciário de 2022 em suas justificações, por possuir competência e responsabilidade na condução do Processo.

Sem contar demais disso, os Atestados de Capacidade Técnica expedidos em favor

do Cebraspe pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Justiça do Distrito federal e dos Territórios, anexados às fls. 160-167.

3.5 Da proposta, dos requisitos de habilitação e da minuta do contrato

Ab initio, constata-se apresentação de proposta válida (fls. 90-104). Às fls. 108-167, foram juntados os **documentos de habilitação (inciso V do art. 72)**.

Contudo, para dar completude **a toda a documentação oportuna, sugeriu-se à Unidade Técnica que providenciasse a juntada de documentação comprobatória da Instituição melhor cotada de que não emprega menor**, tendo sido, posteriormente, acostada à fl. 226 Declaração do Cebraspe certificando que *“não possui, em seu quadro de pessoal, empregado(s) com menos de 18 (dezoito) anos de idade que exerça trabalho noturno, perigoso ou insalubre e de 16 (dezesseis) anos em qualquer tipo de trabalho, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos”*.

Entretanto, ainda não se pode dizer que a diligência requerida pela Conjur no Despacho de fls. 218-223 foi devidamente cumprida.

É que, do exame da proposta da minuta de contrato elaborada pela Unidade Demandante e que formalizará o ajuste em tela, **é de se dar especial atenção às Cláusulas necessárias ao ajuste, pois, conforme se observa, faltante nelas a correta indicação aos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, já que nas aludidas Cláusulas, permanece a indicação dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993, não tendo, ainda, nesse específico ponto, sido feita a correção, conforme requerido pela Conjur no Despacho de fls. 218-223.**

Sem embargo, **sugere-se a devida correção.**

4. DA PUBLICAÇÃO

Por derradeiro, deve, ainda, ser providenciada a sua publicação resumida em sítio eletrônico oficial, como reza o parágrafo único do art. 72 e o art. 94 da Lei 14.133/2021, além de ser divulgada no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP.

Essa imposição impera até mesmo após a edição da Portaria nº 1764/2021, que, em seu art. 5º, parágrafo único, conferiu que *“excepcionalmente, conforme Acórdão nº 2458/2021, do Plenário do Tribunal de Contas da União, é possível a divulgação das contratações do art. 75, da Lei nº 14.133/2021, em diário oficial do órgão até que sejam concluídas as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do PNCP”*, máxime porque o Tribunal de Contas da União – TCU, através do Acórdão nº 1731/2022, em plenário, deliberou pela

insubsistência do Acórdão 2458/2021, utilizado como parâmetro à Portaria Presidencial. Confira-se:

*ACOMPANHAMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DO PORTAL NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS - PNCP, PREVISTO NA LEI 14.133/21 (NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS). SUBSTITUIÇÃO DO ENTENDIMENTO, OUTRORA ADMITIDO EM CARÁTER TRANSITÓRIO E EXCEPCIONAL, DE APLICAÇÃO DO ART. 75 DA REFERIDA LEI POR ÓRGÃOS NÃO VINCULADOS AO SISTEMA DE SERVIÇOS GERAIS (SISG) ATÉ QUE FOSSEM CONCLUÍDAS AS MEDIDAS NECESSÁRIAS AO EFETIVO ACESSO ÀS FUNCIONALIDADES DO PNCP. CONSTATAÇÃO DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA LIMITADORA. OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA DO ART. 94 DA MESMA LEI, PARA DIVULGAÇÃO DOS CONTRATOS E SEUS ADITAMENTOS NO PNCP*¹⁰.

Dessarte, é condição de validade da contratação pretendida a publicação de acordo com o que define a Lei de regência.

Empós resolvidas essas questões, e observando-se, no mais, que o processo de dispensa de licitação *sub examine* obedece a todas as formalidades legais cabíveis na espécie, em especial aquelas de que trata o art. 72 da Lei nº 14.133/2021, somos pelo seguimento da demanda trazida a lume.

5. DA CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, e ressaltando-se, mais uma vez, que os aspectos de conveniência e oportunidade não estão sob o crivo desta Consultoria Jurídica – CONJUR, estamos de acordo com a contratação direta, por dispensa de licitação, da Instituição CENTRO BRASILEIRO DE PESQUISA EM AVALIAÇÃO E SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS – Cebraspe, com fundamento no art. 75, inciso XV, da Lei nº 14.133/2021, desde que atendidas as recomendações consignadas neste parecer, em especial, **a sugestão para a correta indicação dos dispositivos da Lei nº 14.133/2021 nas Cláusulas Contratuais do ajuste propostas pela Unidade Demandante, já que nas aludidas Cláusulas permanece a alusão aos dispositivos da Lei nº 8.666/1993 e não aos da Lei nº 14.133/2021, não tendo, ainda, nesse específico ponto, sido cumprida a diligência requerida pela Conjur no Despacho de fls. 218-223.**

É o parecer, salvo melhor juízo.

¹⁰ TCU. Acórdão nº 1731/2022 – Plenário. Min. JORGE OLIVEIRA. Data da sessão: 27/07/2022.

À superior consideração.

Fortaleza-CE, 13 de dezembro de 2022.

MARIA DE FATIMA
BASTOS LEITAO
MARTINS:37218093353

Assinado de forma digital por
MARIA DE FATIMA BASTOS LEITAO
MARTINS:37218093353
Dados: 2022.12.13 10:40:53 -03'00'

Maria de Fátima Bastos Leitão Martins
Assessora Jurídica

De acordo.

Data supra.

RODRIGO XENOFONTE
CARTAXO
SAMPAIO:88249581334

Assinado de forma digital por
RODRIGO XENOFONTE CARTAXO
SAMPAIO:88249581334
Dados: 2022.12.13 10:49:19 -03'00'

Rodrigo Xenofonte Cartaxo Sampaio
Consultor Jurídico da Presidência