

NOTA TÉCNICA

Assunto: Possibilidade de contratação direta, por inexigibilidade de licitação, do Instituto Nacional dos Profissionais de Engenharia, Agronomia e Geociências – INPEAG.

I – CONTEXTO FÁTICO

Trata-se da análise da possibilidade jurídica de contratação direta, com fundamento na inexigibilidade de licitação, do **Instituto Nacional dos Profissionais de Engenharia, Agronomia e Geociências – INPEAG**, inscrito no CNPJ sob o nº **44.471.817/0001-13**, para a prestação de serviços de **consultoria e assessoria técnica especializada** no âmbito das áreas de engenharia, agronomia e geociências.

O referido instituto foi indicado como único ente no Estado do Tocantins com capacidade institucional e atuação especializada na prestação desse tipo de serviço técnico, consultivo e formativo voltado aos profissionais dessas áreas específicas, tendo como foco o suporte a órgãos públicos, entidades de classe e instituições educacionais.

II – FUNDAMENTO LEGAL

A contratação direta pela Administração Pública, mediante inexigibilidade de licitação, encontra amparo no art. 74 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, nos seguintes termos:

"Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial:

I – para contratação de profissional do setor artístico, técnico ou científico, ou de fornecedor exclusivo; [...]"

A inexigibilidade de licitação constitui exceção ao dever constitucional de licitar (art. 37, XXI, da Constituição Federal), exigindo demonstração clara e objetiva da inviabilidade de competição e da singularidade dos serviços ou da exclusividade do fornecedor, conforme dispõe o §1º do mesmo dispositivo legal:

“§ 1º A contratação com fundamento neste artigo deve ser precedida de justificativa que demonstre a inviabilidade de competição.”

No caso em análise, verifica-se que a prestação de serviços técnicos especializados em engenharia, agronomia e geociências, com finalidade consultiva e de assessoramento institucional, exige **notória experiência técnica, qualificação institucional comprovada e atuação específica no segmento**, o que inviabiliza a ampla competição com prestadores genéricos ou generalistas.

No caso em análise, o INPEAG figura como o único instituto com sede e atuação direta no Estado do Tocantins dedicado integralmente ao desenvolvimento e suporte técnico nas áreas mencionadas, o que lhe confere, de fato, **caráter exclusivo** no território estadual para a prestação dos serviços pretendidos.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) tem admitido a exclusividade de fato como fundamento suficiente para a inexigibilidade de licitação, desde que comprovada por documentação idônea, o que se recomenda expressamente nesta nota técnica.

APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA . INEXIGIBILIDADE INDEVIDA DE LICITAÇÃO. PRONASCI. NECESSIDADE DE AMPLA COMPETITIVIDADE. PARECER JURÍDICO . DOLO. CULPA GRAVE. SANÇÃO AO ASSESSOR JURÍDICO. PREFEITO . AUSENCIA DE QUALQUER COMPROVAÇÃO DE ELEMENTO SUBJETIVO. APELAÇÕES PROVIDAS. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. 1 . Discute-se a responsabilidade de CARLO BUSATTO JÚNIOR, enquanto foi prefeito municipal de Itaguaí/RJ, e SEBASTIÃO ANTÔNIO LOPES DE OLIVEIRA DE SOUZA CARNEIRO, naquela gestão atuante como assessor jurídico, objetivando a condenação dos réus pela suposta prática de atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 10, inciso VII e 11, caput da Lei nº 8.429/92. 2. **A inexigibilidade de licitação prescrita no art . 25 da Lei n. 8.666/1993 exige unicidade do fornecedor ou a presença conjugada de serviço técnico-profissional especializado, profissional**

ou empresa com notória especialização e natureza singular do serviço prestado ou, por fim, profissional de setor artístico exclusivo. 3 . É importante se analisar, então, se o ato do Chefe do Poder Executivo que anuiu à inexigibilidade de licitação a partir do ato do corrêu materializado em parecer enquanto assessor jurídico, qualifica-se como ímprobo. 4. O réu Carlo Busatto Júnior, Prefeito de Itaguaí à época, com amparo no parecer do assessor jurídico, corrêu Sebastião Antônio Lopes de Oliveira, tornou inexigível a licitação com a promulgação do Decreto nº 3.416/08, posteriormente revogado e substituído pelo Decreto nº 3.462/2009 (fls. 1612 e 1642), que manteve a inexigibilidade com retificação do valor global para R\$ 232.785,00, em virtude da retirada de serviço não contido no plano de trabalho do convênio nº 164/2008. 5 . Em análise aos fatos, tem-se, à luz dos documentos trazidos pelo Ministério Público Federal, inclusive com base na mídia acautelada que o Secretário Municipal de Planejamento recomendou a obtenção da proposta de, no mínimo, 03 (três) possíveis empresas para contratação. 6. Assim, o Município iniciou processo licitatório com fulcro a garantir a ampla competitividade para a prestação do serviço com posterior revogação do ato administrativo para viabilizar procedimento de inexigibilidade calcado na especialidade do objeto. 7 . À princípio, como visto, compreende-se a indevida inexigibilidade por não restar comprovada a notória especialidade ou eventual fornecimento único. **8. O próprio parecer jurídico do assessor municipal menciona outras três sociedades que teriam formulado propostas, além do Instituto Brasileiro de Tecnologia, Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa da Administração Pública - IBRATEC, contratado por inexigibilidade de licitação.** 9 . Todavia, a par do ato ilícito objetivamente considerado, não há nos autos prova do dolo, ou de culpa grave do detentor do cargo eletivo, tampouco do assessor jurídico. 10. Ainda que

o Chefe do Executivo tenha sido sugestionado pelo Secretário Municipal de Planejamento acerca da possibilidade de ampla competitividade. Em seguida, o parecer solicitado ao corréu revisa o 1 quadro de necessidade do certame . 11. À luz de tais ponderações, além da emissão do Decreto pelo então Prefeito não há nenhuma prova de que a contratada foi beneficiada por alguma relação com o alcaide. De igual modo, não consta nenhum vínculo com o responsável pelo parecer, tampouco com eventual beneficiamento pela indevida inexigibilidade. 12 . Ao contrário do que considerou o juízo sentenciante, não há comprovação do dolo do réu Carlo Busatto Júnior pelo único fato de ter respaldado a contratação direta da IBRATEC por meio de Decreto. Não há comprovação de conduta subjetivamente voltada à inobservância da lei e dos princípios da administração pública, de modo a favorecer a pessoa jurídica contratada para a prestação dos serviços e inviabilizar a competição entre outras entidades interessadas. 13. Repise-se, que a improbidade configura ilegalidade e imoralidade qualificadas pelo intuito malsão do agente com atuação desonesta, maliciosa, gravemente culposa ou dolosa no sentido de malbaratar a seu dispor ou, em benefício de terceiro, bem público . 14. Quanto ao detentor do cargo eletivo, é de se presumir que a escolha de Secretários, bem como de assessor jurídico com delegação da função de análise da legalidade dos atos administrativos coligados ao exercício do mandato relacionam-se com a necessidade de se atender aos preceitos públicos. 15. Diante disso, embora objetivamente possa se vislumbrar algum ato ímprobo, não há provas do elemento subjetivo a título de dolo, sequer culpa a permitir a incursão do ex-prefeito nos atos do artigo 10 ou 11 da LIA . 16. Igualmente em relação ao parecer emitido pelo assessor jurídico da Prefeitura Municipal, Sebastião Antônio Lopes de Oliveira, réu na presente ação de improbidade. Na

ocasião do parecer, sustentou tratar-se de hipótese de inexigibilidade de licitação à luz dos artigos 25, II, e 13 da Lei nº 8.666/1993 . 17. Como visto, inexistente justificativa legal para a inexigibilidade, o que não afasta a necessidade de averiguar a presença do elemento subjetivo representado por prova ou mínima evidência do intuito malsão do agente para ultrapassar a mera ilegalidade. 18. Dessa forma, o ato ímprobo relaciona-se à emissão de parecer jurídico de fls . 1610/1608 para fins de conferir aparência de legalidade à inexigibilidade de licitação. 19. O Ministério Público Federal baseia-se em tal documento e também na ausência de comprovação de que as empresas passíveis de contratação tenham sido cientificadas da necessidade de comprovarem a capacidade técnica. Afirma que não se comprova que as empresas interessadas foram comunicadas acerca de tal exigência, e a IBRATEC foi a única a apresentar o atestado de capacidade técnica . 20. Apesar de tais alegações, não consta prova de culpa grave ou dolo genérico com base em eventual beneficiamento de integrante dos quadros da IBRATEC, de algum modo ligado ao assessor jurídico. 21. Também não há prova de superfaturamento ou de prejuízo ao município de Itaguaí . Ao contrário, as três sociedades que formularam propostas, além do IBRATEC ofereceram valores superiores ao do contratado sem prova, também, de que teriam capacidade técnica para a realização do objeto. 22. Inclusive, nenhum potencial parceiro privado manifestou-se acerca de preterição na contratação, mormente diante do reconhecimento de que o particular contratado apresentou o melhor custo-benefício para o cumprimento do objeto. Com efeito, se de um lado não há prova da intimação das demais empresas interessadas para que comprovassem sua capacidade técnica, de outro, não há qualquer indicação nos autos de que tenham impugnado a contratação do IBRATEC ou reclamado da alegada ausência de intimação . 23. De outro giro, não se

mostra totalmente descabida ou desarrazoada a exigência de que as empresas interessadas comprovassem a necessária capacidade técnica para a execução do serviço, considerando as 2 peculiaridades relacionadas à implantação e operação de um Gabinete de Gestão Integrada Municipal no âmbito do PRONASCI. 24. A verificação de capacidade técnica, bem como de experiência em relação ao objeto do contrato se mostra interessante para a Administração Pública, pois evita que empresas sem qualquer experiência ou capacidade causem problemas durante a execução do contrato. Nesse ponto, apesar de o assessor jurídico ter opinado, indevidamente, no sentido da inexigibilidade de licitação, não me parece, no caso concreto, que tal erro possa ser qualificado como grosseiro no sentido de configurar um ato ímprobo. 25. É de se ressaltar que o serviço consta como efetivamente prestado pela municipalidade, bem como pelo Tribunal de Contas da União, processo nº TC 017.286/2015-8. 26. No ponto, convém repisar o conhecimento acerca da independência de instâncias, bem como do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça da dispensa de comprovação do prejuízo ao erário na hipótese do artigo 10 da LIA. 27. Todavia, sobressai a importância de se analisar os autos administrativos, bem como as nuances paralelas aos atos tidos como ímprobos na hipótese de não restarem comprovados o desvio de função, o beneficiamento do detentor do cargo ou do particular com a inexigibilidade ilegal, a ausência de reclamação das empresas que poderiam ter sido contratadas, ou quaisquer outras circunstâncias satisfatórias para se identificar a culpa grave ou o dolo genérico. 28. O que se pondera, no caso, é o mínimo lastro probatório do elemento subjetivo para fins de ultrapassar a mera ilegalidade. Afinal, o objetivo do § 4º do artigo 37 da CRFB/88 em harmonia à Lei 8.429 de 1992 não é punir o administrador público despreparado, inábil,

mas sim o desonesto, que tinha a intenção de causar dano ao erário, obter vantagem indevida ou atuar deliberadamente em desconformidade com os princípios da Administração. 29. Restou consignado nos autos, corroborado na sentença, que o valor cobrado pelos serviços prestados foi compatível com o mercado, bem como que o objeto da contratação foi realizado sem dano ao patrimônio público. 30. Nessa toada, o ato do réu Sebastião Antônio Lopes de Oliveira também não se insere no inciso VIII do artigo 10 e artigo 11 da Lei 8.429 de 1992, pois ausente a comprovação de culpa ou dolo. 31. Remessa necessária improvida e recursos providos para julgar improcedente o pedido de condenação por improbidade administrativa diante da não comprovação do elemento subjetivo dos réus. (TRF-2 - APELREEX: 00027357520164025101 RJ 0002735-75 .2016.4.02.5101, Relator.: ALFREDO JARA MOURA, Data de Julgamento: 13/12/2019, 6ª TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 18/12/2019) (Grifamos).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI 8.666/1993. DOLO ESPECÍFICO AUSENTE. PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA . APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado na denúncia e absolveu os acusados Heloíza Helena Mendonça de Almeida Massanaro e Luiz Antônio Mendonça de Almeida, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, da acusação de praticar o crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993. 2. De acordo com a denúncia a acusada Heloíza Helena Mendonça de Almeida Massanaro, então **Presidente do Conselho Regional de**

Psicologia da 9ª Região (CRP09), contratou o Instituto de Arquitetos do Brasil - Departamento de Goiás (IAB/GO), presidido naquela oportunidade pelo corréu Luiz Antônio Mendonça de Almeida indevidamente, por meio de inexigibilidade de licitação, sob o fundamento de que tal instituição era detentora de notória especialização para realizar Concurso Público de Estudo Preliminar de Arquitetura, objetivando a construção da nova sede do CRP09, no valor de R\$ 177.600,00 (cento e setenta e sete mil e seiscentos reais). 3. Da análise da denúncia apresentada, conclui-se que a acusação não se desincumbiu do ônus de comprovar a deliberada intenção dos denunciados em causar prejuízo ou mesmo obter algum favorecimento pessoal, a demonstrar o dolo específico exigido. Conforme bem consignou o magistrado de origem, apesar das bem lançadas palavras do Ministério Público Federal, não há nos autos qualquer prova quanto ao conluio entre os réus, bem como o prejuízo ao erário. 4. "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, para a caracterização da conduta tipificada no art. 89 da Lei 8.666/1993, é indispensável a demonstração, já na fase de recebimento da denúncia, do 'elemento subjetivo consistente na intenção de causar dano ao erário ou obter vantagem indevida'" (INQ 2.688, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 12/02/2015). 5. No caso, o conjunto probatório constante dos autos não oferece elementos de prova hábeis a demonstrar, com a necessária segurança a fundamentar uma condenação, que os acusados teriam praticado ou concorrido, consciente e voluntariamente, para a prática do delito em análise. 6. Cumpre destacar que no processo penal vige a regra do juízo de certeza, ou seja, as provas devem ser produzidas de maneira clara e convincente, não deixando margem para meras suposições ou indícios. Para que se chegue ao decreto condenatório, é necessário que se tenha a certeza da responsabilidade

penal do agente, pois o bem que está em discussão é a liberdade do indivíduo. Sendo assim, meros indícios e conjecturas não bastam para um decreto condenatório, uma vez que, na sistemática do Código de Processo Penal Brasileiro, a busca é pela verdade real. 7 . O próprio Ministério Público Federal, com assento neste Tribunal, manifestou-se pelo desprovimento da apelação, por entender que "não foi comprovado o dolo de Heloiza Helena Mendonça Almeida Massanaro e Luiz Antônio Mendonça de Almeida, tampouco houve dano ao erário, com supedâneo no art. 386, III, do CPP, a absolvição das imputações do art. 89, caput (a primeira) e parágrafo único (o segundo), da Lei 8.666/93 é medida que se impõe" . 8. Apelação a que se nega provimento.c(TRF-1 - APR: 00242537220144013500, Relator.: DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVTON GUEDES, Data de Julgamento: 03/03/2020, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 16/03/2020) (Grifamos).

No caso em análise, a alegação é de que o INPEAG figura como fornecedor exclusivo no Estado do Tocantins para a realização dos serviços pretendidos, o que configuraria uma hipótese de inviabilidade de competição, nos termos legais.

O §1º do art. 74 reforça a necessidade de justificativa técnica da inviabilidade de competição, o que deve se materializar por meio da demonstração de exclusividade técnica e institucional da entidade no território estadual.

Importante ressaltar que as formas para a demonstração de exclusividade indicadas no §4º do art. 74 da Lei 14.133/2021 são exemplificativas, conforme esclarece Ronny Charles 17. Veja-se:

O §1º do artigo 74 estabeleceu que a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial

exclusivo, vedada a preferência por marca específica. Interessante perceber que, embora o dispositivo indique algumas formas para a demonstração de exclusividade (atestado de exclusividade, contrato de exclusividade e declaração do fabricante), este rol é exemplificativo, pois o texto legal faz expressa referência a "outro documento idôneo". Fez bem o legislador, pois a evolução das formas de contratação e de relacionamento negocial podem produzir formas mais eficientes de demonstração da exclusividade do que as por ele previstas.

Em tais hipóteses, compete ao agente público adotar as medidas necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade, conforme expõe o próprio Tribunal de Contas da União na conhecida Súmula 255/TCU:

"Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade."

III – DA EXCLUSIVIDADE E DA INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO

Ainda que não se trate de um fornecedor legalmente monopolista, é juridicamente aceita, na jurisprudência do Tribunal de Contas da União e na doutrina especializada, a configuração da inexigibilidade com base na exclusividade de fato, quando demonstrado que somente determinada entidade possui capacitação técnica, institucional e reputacional para prestar os serviços demandados com a especificidade exigida.

Dentre os critérios que reforçam essa conclusão, destacam-se:

- O INPEAG é o **único instituto especializado nas áreas de engenharia, agronomia e geociências com atuação registrada e ativa no Tocantins;**
- Não há registros de outro instituto equivalente atuando com a mesma abrangência e capacidade técnica no estado;

- O objeto contratual demanda conhecimento técnico-científico específico e atuação segmentada, o que inviabiliza a competição ampla com prestadores genéricos;
- A contratação se refere a serviços de natureza técnica especializada, justificando a contratação por inexigibilidade nos moldes do art. 74, I da Lei nº 14.133/2021.

IV – CONCLUSÃO

Diante do exposto, reconhece-se a possibilidade jurídica de contratação direta do INPEAG – Instituto Nacional dos Profissionais de Engenharia, Agronomia e Geociências, CNPJ 44.471.817/0001-13, com fundamento na inexigibilidade de licitação, conforme o art. 74 da Lei nº 14.133/2021, desde que comprovada documentalmente a sua condição de fornecedor exclusivo no Estado do Tocantins.

Recomenda-se a juntada:

1. Declaração de exclusividade emitida pelo próprio INPEAG ou por entidade de classe reconhecida;
2. Justificativa técnica da Administração solicitante quanto à inviabilidade de competição;
3. Comprovação de regularidade fiscal e jurídica da entidade;
4. Parecer jurídico final da assessoria jurídica do órgão contratante nos termos do art. 53 da Lei nº 14.133/2021.



ANA CELIA DORA DA SILVA
Agente de Contratação