



SUBPROCURADORIA GERAL

Assunto: Parecer referencial estabelecendo orientação jurídica em processos cujo objeto seja contratação direta por inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros ou contratação de serviços fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos.

Fundamentação: Art. 74, I, da Lei Federal nº 14.133/2021 e Decreto Estadual nº 32.449/2023.

PARECER REFERENCIAL 35/2024

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. FORNECEDOR EXCLUSIVO. INTELIGÊNCIA DO ART. 74, I, DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021.

- Contratação direta por inexigibilidade de licitação.
- Hipótese de inviabilidade de competição, na forma disposta no art. 74, I, da Lei Federal nº 14.133/2021.
- Possibilidade jurídica, desde que cumpridas as exigências previstas em lei, conforme examinadas neste referencial, e que o processo esteja instruído com os documentos da lista de verificação.

1. RELATÓRIO

1. Com vista ao atendimento dos princípios da eficiência, celeridade e segurança jurídica, e levando em conta a orientação expedida por meio do Ofício Circular nº 3/2023/PGE - CAJE/PGE - GPGEA/PGE - PROCURADOR-GERAL-PGE, observando a disciplina do Decreto Estadual nº 29.641/2020, foi elaborado este Parecer Referencial contendo orientações e requisitos para o exame do pleito formulado quanto à hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação descrita no art. 74, I, da Lei Federal nº 14.133/2021, em face do cumprimento dos requisitos legais.

2. Desta forma, a partir da exposição de diretrizes jurídicas aplicáveis nos processos administrativos dessa natureza, será possível que a autoridade competente examine o pleito a fim de aferir se há compatibilização entre a instrução do feito e os requisitos estabelecidos nas normas de regência. Seguindo, pois, esta sistemática, a atividade jurídica residual limitar-se-á à verificação do atendimento das exigências legais, com mera conferência de documentos.

3. Assim, atendendo à proposição, passa-se a alinhar por meio desta peça opinativa, as orientações gerais para os órgãos da Administração Pública que precisam instrumentalizar processos sobre contratação direta por inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos.

4. É o relatório.

2. FUNDAMENTOS

2.1. Do cabimento do parecer referencial

5. O parecer referencial encontra seu fundamento no Decreto Estadual nº 29.641/2020, no qual estão definidos os parâmetros de sua edição.

6. Eis o inteiro teor da norma em comento:

A GOVERNADORA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, no uso das atribuições que lhe confere o art. 64, V e VII, da Constituição Estadual,

Considerando os conceitos de segurança jurídica e de eficiência na criação e na aplicação do direito público;

Considerando a necessidade de uniformização da jurisprudência administrativa do Estado;

Considerando a necessidade de otimização da atividade administrativa do Estado, com o fito de conferir celeridade à prestação dos serviços públicos;

Considerando a necessidade de racionalização da atividade consultiva do Estado, exercida pela Procuradoria-Geral do Estado (PGE);

Considerando que compete à Procuradoria-Geral do Estado (PGE) exercer, com exclusividade, a representação judicial, extrajudicial e a consultoria jurídica do Estado do Rio Grande do Norte;

Considerando o disposto no art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018,

DECRETA:

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre a adoção de parecer referencial no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado (PGE).

Art. 2º A Procuradoria-Geral do Estado poderá adotar a elaboração de parecer referencial quando houver processos e expedientes administrativos recorrentes ou com caráter repetitivo, em que sejam veiculadas consultas sobre questões com os mesmos pressupostos de fato e de direito, para os quais seja possível estabelecer orientação jurídica uniforme que permita a verificação do atendimento das exigências legais mediante a simples conferência de atos administrativos, dados ou documentos constantes dos autos.

Parágrafo único. A elaboração de parecer referencial também poderá ser adotada de forma preventiva ou antecipada, *ex officio*, quando, em virtude de alteração ou inovação normativa, o caráter repetitivo ou multiplicador da matéria puder impactar a atuação do órgão consultivo ou a celeridade dos serviços administrativos, embora ainda não esteja presente a repetição de processos e expedientes administrativos.

Art. 3º Os pareceres referenciais, após a aprovação pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, encerram o assunto examinado na via administrativa e conterão ementa, relatório, fundamentação e conclusão, observando-se a seguinte forma:

I - Ementa: deverá constar a expressão "Parecer Referencial" com a identificação clara e precisa do objeto da análise e indicada a possibilidade de aplicar a orientação a casos semelhantes;

II - Relatório: síntese dos pressupostos fáticos que constituem o estudo;

III - Fundamentação: na qual serão indicadas as circunstâncias que ensejaram a sua adoção, analisadas as questões de fato e de direito e apresentada a orientação jurídica uniforme com os respectivos pressupostos de fato e de direito, os atos, as condutas e os requisitos legais e regulamentares exigidos;

III - Conclusão: na qual serão indicados os requisitos e as condições necessárias para sua utilização.

Parágrafo único. O parecer referencial deverá:

I - abordar todas as questões jurídicas pertinentes ao objeto tratado nos respectivos autos;

II - receber número próprio em ordem sequencial, sem renovação anual;

III - ser disponibilizado no sítio eletrônico da Procuradoria-Geral do Estado (PGE).

Art. 4º Fica dispensado o envio do processo para exame e aprovação da Procuradoria-Geral do Estado (PGE) se houver parecer referencial, ressalvada a hipótese de consulta acerca de dúvida de ordem jurídica devidamente identificada e motivada.

Art. 5º Para utilizarem o parecer referencial, os órgãos e entidades da Administração Pública Estadual deverão instruir o processo com:

I - identificação pela assessoria jurídica do órgão ou entidade do parecer referencial utilizado como paradigma;

II - cópia integral do parecer referencial com a respectiva cota de aprovação;

III - declaração da autoridade competente para a prática do ato de que a situação concreta se enquadra nos parâmetros e pressupostos do parecer referencial e que serão observadas suas orientações, conforme modelo constante do Anexo Único deste Decreto.

Art. 6º Os pareceres referenciais serão exarados pelo Subprocurador-Geral Consultivo, que os elevará ao Procurador-Geral do Estado para fins de submissão ao escrutínio do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

Art. 7º Compete ao Subprocurador-Geral Consultivo dirimir eventuais dúvidas da Administração Pública Estadual a respeito de pareceres referenciais, sem prejuízo da revisão da conclusão, observado o procedimento descrito no art. 6º deste Decreto.

Art. 8º O Procurador-Geral do Estado poderá:

I - suspender a utilização de parecer referencial mediante despacho a ser comunicado aos demais órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, **ad referendum** do Conselho Superior;

II - determinar a elaboração de novo parecer referencial na hipótese de alteração ou inovação normativa ou jurisprudencial superveniente.

Parágrafo único. O parecer referencial cancelado ou alterado mantém a numeração original, seguida da expressão “cancelado” ou “alterado”, conforme o caso, e da data da alteração ou do cancelamento.

Art. 9º Somente depois de exarada a correspondente aprovação do Conselho Superior é considerado emitido o parecer referencial da Procuradoria-Geral do Estado (PGE).

7. A edição do parecer referencial, conforme o citado decreto, leva em conta os conceitos de segurança jurídica, de eficiência na criação e na aplicação do direito público, da necessidade de uniformização da jurisprudência administrativa do Estado e de otimização da atividade administrativa do Estado, com o fito de conferir celeridade à prestação dos serviços públicos, além da racionalização da atividade consultiva do Estado exercida pela Procuradoria-Geral do Estado (PGE).

8. Após a aprovação pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado (CSPGE), o parecer poderá ser utilizado pelos órgãos da Administração Pública, naquilo em que se aplica, ficando *“dispensado o envio do processo para exame e aprovação da Procuradoria-Geral do Estado se houver parecer referencial, **ressalvada a hipótese de consulta acerca de dúvida de ordem jurídica devidamente identificada e motivada**”* (g.n) (art. 4º)

9. Esclarecido esse ponto, importa consignar que, para tornar possível a utilização do referencial, precisa a autoridade responsável cumprir a tramitação do processo, desde o requerimento até o momento de conferência dos documentos acostados ao processo com as orientações dispostas no parecer.

10. Oportunamente, **insta pontuar que se o assunto tratado no processo não for idêntico ou semelhante, ou, ainda, acaso surjam dúvidas sobre a situação fática, haja vista características peculiares não se amoldarem ao pleito tal como abrangido neste Parecer Referencial, deve ser o processo remetido para análise da Procuradoria-Geral do Estado (PGE).**

11. Quanto à eventual ausência de documentos indicados na Lista de Verificação, registra-se, desde já, a obrigatoriedade de ser adotada a providência necessária a sua integração ao processo, sob o encargo de quem apontado no despacho saneador que acompanha o referencial. O atendimento de todos os itens da citada lista é decisivo para garantir segurança jurídica ao beneficiado, bem como à autoridade a quem compete o deferimento.

2.2. Das disposições legais pertinentes à inexigibilidade de licitação

12. Os processos de contratação de empresa para o fornecimento de produtos ou serviços são deflagrados para suprir demandas indispensáveis ao funcionamento dos órgãos e entidades da Administração Pública Estadual.

13. A **regra** constitucional posta em termos peremptórios no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal é de que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados 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. Porém, o comando constitucional ora enunciado também estabelece exceções à regra geral, ao prever que serão "*ressalvados os casos especificados na legislação*".

14. O regulamento geral das licitações, disciplinado pela Lei Federal nº 14.133/2021, prevê os casos em que se admite a contratação direta, podendo a licitação ser dispensada ou inexigível.

15. No art. 74 da Lei Federal nº 14.133/2021, que adiante está transcrito, há previsão de contratação direta por inexigibilidade de licitação, modalidade cuja principal característica é a **INVIABILIDADE DE COMPETIÇÃO**, o que ocorre quando a exclusividade do bem ou serviço torna inviável a competição entre fornecedores, e assim legitimada a exceção à regra da licitação.

16. Considerado a singularidade do assunto, - uma exceção à regra da necessária deflagração de certame - importa alertar a necessidade de **aferir-se a certeza da exclusividade** do material, equipamento ou serviço, sob pena de responsabilizar-se o gestor por contratação direta não autorizada por lei, conduta que se ajusta nos contornos do que dispõe o art. 337-E do Código Penal Brasileiro, disposição inserida pelo art. 178 da Lei nº 14.133/2021.

17. Eis o teor da norma citada:

Art. 178. O Título XI da Parte Especial do [Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#) (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo II-B:

CAPÍTULO II-B

DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Contratação direta ilegal

[Art. 337-E](#). Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

18. No campo doutrinário, quanto à inviabilidade de competição, impende transcrever adiante importantes lições sobre o tema tecidas por Raquel Carvalho,^[1] Procuradora do Estado de Minas Gerais:

Para a caracterização da inexigibilidade licitatória, é indispensável a prova de que a competição é inviável, considerando o universo de proponentes disponíveis no mercado, bem como a natureza do objeto ou serviço pretendido. A impossibilidade da disputa consiste em evento decorrente do mundo dos fatos, vale dizer, da própria realidade administrativa. Depende não só da capacidade técnica e científica da pessoa a ser contratada, mas também da vinculação direta entre tal

capacitação e a necessidade pública que se busca atingir. Esta necessidade deve apresentar singularidade material, de modo a justificar a extraordinária contratação direta.

Nessa linha de raciocínio, certo é que a singularidade de um serviço exige que o serviço e a produção intelectual em questão se mostre invulgar, distinto dos demais trabalhos rotineiros do setor, por um aspecto intrínseco, que lhe seja inerente e que demande um conhecimento peculiar, aprofundado e inconfundível, de que é titular aquele que se pretende contratar diretamente. Assim sendo, a própria natureza da necessidade administrativa, por si só, deve demonstrar como imperativa uma habilidade técnica diversa dos conhecimentos normalmente utilizados pelos profissionais do setor, de modo padronizado. Ademais, é preciso que a habilitação especial da pessoa (natural ou jurídica) a ser contratada satisfaça exatamente as exigências técnicas peculiares da tarefa, que delinham a sua singularidade. Conclui-se ser imperioso que a atividade que se pretende contratar seja singular, por critérios objetivos decorrentes das próprias técnicas a serem empregadas na espécie, e que, simultaneamente, a habilitação do corpo técnico que prestará o serviço especial seja diferenciada ao ponto de justificar a contratação que, assim, não teria equivalente no mercado, em face da notória especialização. (g.n)

19. O administrativista José Cretella Júnior,^[2] ao abordar a matéria, tece o seguinte comentário:

Inviabilidade de competição, "latu sensu", é o certame em que um dos contendores reúne qualidades tais que se torna único, exclusivo, sui generis, a tal ponto que inibe os demais licitantes, sem condições competitivas.

20. Na mesma linha intelectual, Diógenes Gasparini^[3] assim disserta:

Assim, será inexigível a licitação sempre que houver inviabilidade fática de competição, concorrência, confronto, certame ou disputa.

21. Por sua vez, Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo^[4] elucidam que "**há *inexigibilidade* quando ocorre, em caso concreto, circunstância especial, de fato ou de direito, reconhecida em lei, a qual, porque inviabilizadora de competição, afasta a licitação**". Completando o raciocínio, os mesmos doutrinadores^[5] concluem:

*A gênese da inexigibilidade é a impossibilidade da competição, o que, por si só, afasta a possibilidade de invocação dos princípios da moralidade e da igualdade. E o universo de seus destinatários é complexo, mais amplo, abrangendo pretendentes à contratação, administrados em geral, administradores e controladores da atuação da Administração Pública. **Identificada que seja uma das hipóteses legais da inexigibilidade, nenhum desses universos de possíveis interessados está mais titulado ou legitimado a exigir a licitação: ela simplesmente não deverá ser realizada.** (grifo acrescido)*

22. A par de tais considerações, e voltando à análise do art. 74 da Lei Federal nº 14.133/2021, é possível verificar que o dispositivo em tela apresenta ao longo dos seus incisos um *rol exemplificativo* de hipóteses nas quais pode haver a inexigibilidade, o que significa que outras situações não descritas expressamente nesse dispositivo poderão, eventualmente, serem caracterizadas como inexigíveis.

23. Nada obstante a isso, para melhor compreensão do tema, diante da sua abrangência, a análise aqui empreendida cinge-se à hipótese prevista no inciso I do citado artigo, cujas disposições aplicáveis seguem adiante destacadas:

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

[...]

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do *caput* deste artigo, 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 exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

(g.n.)

24. Consoante as prescrições legais acima destacadas, entende-se por inexigível a licitação quando houver, comprovadamente, um fornecedor exclusivo dos materiais, equipamentos, gêneros ou serviços perquiridos, vedada a preferência por marcas.

25. Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho, citando Diógenes Gasparini,^[6] quando o fornecedor é único, a inviabilidade de competição é absoluta, ou seja, de fato não há outro disponível. Por outro lado, quando o fornecedor é "exclusivo", existem outros que fornecem o objeto, mas, por uma razão qualquer, somente aquele indivíduo é que tem autorização para fornecê-lo. Nesse último caso, diz-se que a inviabilidade de competição é relativa.

26. Notadamente quanto à referida inviabilidade de competição relativa, capaz de ensejar a contratação direta por inexigibilidade de licitação, Ronny Charles^[7] ilustra o tema com o seguinte exemplo prático:

[...] A exclusividade pode ser absoluta, quando só existe um fornecedor no país, ou relativa, quando se dá apenas na praça onde vai ocorrer a contratação e isso restringe as alternativas da contratação, como pode acontecer no fornecimento de combustível por pequena prefeitura, que não possua outro posto de gasolina em sua circunscrição ou proximidades.

Seria viável realizar competição com postos de localidades distantes que obrigariam exagerado deslocamento para o abastecimento dos veículos das repartições municipais? Parece-nos que não.
(g.a.)

27. Por conseguinte, partindo da leitura do § 1º do art. 74, I, depreende-se que o Administrador Público poderá demonstrar a inviabilidade de competição a partir da apresentação de: 1. **atestado de exclusividade**; 2. **contrato de exclusividade**; 3. **declaração do fabricante**; ou 4. **outros documentos idôneos**.

28. Vale notar que diferentemente da lei anterior cujo único documento era "atestado de exclusividade" fornecido por órgãos ou entidades especificadas na antiga norma, a nova lei de licitações ampliou os meios de comprovação da exclusividade, estabelecendo rol explicativo de documentos, de modo que o que importa, verdadeiramente, é a efetiva demonstração da alegada exclusividade mediante documento idôneo.

29. Ao Administrador, portanto, compete zelar pela obtenção da comprovação **idônea, capaz, eficaz** para demonstrar a exclusividade, diligenciando junto ao órgão, entidade, fabricante etc., conforme a situação específica, inclusive com vista a aferir a veracidade da informação apresentada pelo fornecedor.

30. Nesse sentido, o E. Tribunal de Contas da União (TCU), após reiteradas decisões, sumulou o assunto da seguinte maneira:

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 das condições de exclusividade.

31. O [Acórdão 633/2010-Plenário](#), da relatoria do Min. José Jorge, do qual resultou a Súmula, traz bem delineado o problema, senão vejamos:

Bem de ver que a regra na Administração Pública é a licitação, sendo que a contratação direta, sobretudo na hipótese de inexigibilidade, deve ser entendida como exceção, e como tal foi tratada pelo legislador a contratação junto a fornecedor exclusivo ao impor como condição para sua efetivação a comprovação, por meio de atestado, da exclusividade. Então, em sendo a exclusividade a causa da inviabilidade de competição, razão da inexigibilidade, há que se ter o devido cuidado com sua caracterização. No entanto [...] o Tribunal lamentavelmente se deparou, em inúmeras oportunidades, com situações **em que os atestados de exclusividade não condiziam com a realidade ou eram inverídicos, inclusive objeto de falsificação**. Daí que a jurisprudência do Tribunal evoluiu no sentido de **exigir dos agentes públicos responsáveis pelas contratações** não só o recebimento e acolhimento do atestado de exclusividade mencionado no dispositivo legal, mas **também a confirmação dessa condição**, seja por diligências **ou até mesmo consultas ao fabricantes**, a exemplo do Acórdão 2.505/2006 - 2ª Câmara, em que se determinou à entidade jurisdicionada a adoção de medidas acautelatórias com vistas a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes. [...] Nesse contexto, afigura-se pertinente o projeto em questão, consistindo em mais um esforço do Tribunal no sentido de evitar irregularidades na comprovação da exclusividade de fornecedor e garantir a observância do preceito legal, não sendo demais ressaltar que a atuação do agente público não deve se resumir à exigência da documentação especificada, mas também à verificação da real condição de exclusividade invocada pelo fornecedor. (g.a.)

32. Essa decisão acima, embora exarada no contexto da lei revogada, fornece elementos essenciais para a compreensão da importância de demonstrar a exclusividade e sugere diligências que podem ser adotadas pelo gestor para confirmar a situação excepcional.

33. E no que respeita à responsabilidade pela confirmação da inexigibilidade, não se pode esquecer que se trata de uma obrigação que compete aos responsáveis pela contratação. Sob a mesma ótica, o Enunciado nº 7 do Fórum Nacional das Consultorias Jurídicas das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (FONACON), aprovado pelo Colégio Nacional dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG) e homologado, à unanimidade, pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado do RN (CSPGE), conforme Ata do dia 5 de março de 2024, nos seguintes termos:

Não se insere nas atribuições da advocacia pública a apuração da veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade, para fins de contratação direta, por inexigibilidade, com base no inciso I do caput do art. 74 da Lei Federal nº 14.133/2021.

De forma consoante, a doutrina leciona^[8] :

Prosseguindo com a análise, a documentação de exclusividade, usualmente, é apresentada pela própria empresa. Ainda assim, é atribuição da Administração assegurar-se que se trata de documento válido, qualquer que ele seja, mediante consulta ao órgão ou entidade que o expediu e outras medidas cautelares, conforme o caso. Nesse sentido, à guisa de exemplo, foi a conclusão do Acórdão TCU 1796/2007-Plenário, o qual determinou que:

9.1.1. quando do recebimento de atestados de exclusividade de fornecimento de materiais, equipamentos ou gêneros (art. 25, inciso I, da Lei n.º 8.666, de 1993), adote, com fulcro nos princípios da igualdade e da proposta mais vantajosa para a Administração, medidas cautelares visando a assegurar a veracidade das declarações prestadas pelos órgãos e entidades emitentes, como, por exemplo, consulta ao fabricante;

Assim como ocorre com a própria documentação, as medidas para comprovação de sua veracidade dependerão do caso concreto. Uma declaração de exclusividade de revenda ou um contrato nesse sentido devem ser confirmados junto ao fabricante. No caso de monopólio de fato, diligências devem ser feitas quanto à existência de contratações similares pelo poder público, além da checagem da veracidade do atestado junto da entidade que o emitiu. E assim sucessivamente. A lição é que, **independentemente de o documento ser apresentado pela pretensa contratada ou obtido pela Administração, incumbe a esta assegurar-se, razoavelmente, da veracidade dele, mediante as providências entendidas pertinentes, conforme o caso concreto.** (g.n)

34. A rigor do que foi acima reproduzido, tem-se que, embora habitualmente a documentação comprobatória da exclusividade seja apresentada pelo fornecedor, é cediço o entendimento de que é de inteira responsabilidade do Administrador a conferência da veracidade de tais documentos.

35. Por fim, o dispositivo sob exame expressamente veda a "*preferência por marca específica*". Tal vedação faz referência a impossibilidade de indicação de uma marca por mera "*preferência*", o que não significa dizer, todavia, que em casos específicos, devidamente comprovados, não possa haver a indicação "*de marca específica*" a fim de satisfazer critério de padronização, ou a compatibilização com plataformas ou padrões já existentes ou a própria natureza da demanda exigir uma determinada marca para a contratação.

36. Nesse sentido, a doutrina^[9] leciona:

Ainda nesse parágrafo, há um último ponto a ser salientado, o qual diz respeito à "vedação à preferência por marca". A palavra-chave é "preferência", à qual se contrapõe "necessidade". Esta lei admite a contratação com indicação de marca, sendo exemplo o art. 41, § 4º, I, "a", "b" e "c", a cujos comentários direciona-se o leitor. Mas em tais casos citados, o aspecto comum é que a procura por uma marca não decorre de um ato discricionário, de conveniência e oportunidade, mas de uma imposição dos fatos: a padronização, ou a compatibilização com plataformas ou padrões já existentes ou a própria natureza da demanda exigem uma determinada marca para a contratação. Não se trata de preferir essa ou aquela marca, mas sim de se "necessitar" de que o objeto possua essa qualidade, sob pena de, não a tendo, não atender a demanda da Administração.

Desse modo, não há vedação absoluta ao uso da inexigibilidade para compra de produto de marca. Inclusive, será relativamente comum esse tipo de procedimento. O que não é admissível é a indicação de uma marca apenas por critérios de "preferência", sendo obrigatória a "necessidade", a "imprescindibilidade" - sem a marca determinada, a demanda não será atendida, ou, se for o caso, será em condições significativamente piores.

37. Acaso persistam dúvidas quanto à aparente impossibilidade de comprovar a exclusividade ou a necessidade de indicação de marca específica, deverá a Pasta encaminhar consulta à Procuradoria-Geral do Estado (PGE) indagando sobre a possibilidade da contratação, mediante justificativa que demonstre a imprescindibilidade do serviço/compra, sob pena de não ser atendida a necessidade da demanda.

2.3. Da instrução processual.

38. O processo administrativo de contratação pública observa procedimentos e ritos pertinentes a todo tipo de contratação, assim como, a depender da modalidade, a norma exige documentos específicos.

39. Inicialmente, importa atentar para o que dispõe o art. 12 da lei de licitações, a seguir transcrito, que apresenta regras de procedimentos para a atuação dos agentes públicos na condução dos processos de contratação, dentre os quais se insere a dispensa ou inexigibilidade de licitação:

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

I - os documentos serão produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis;

II - os valores, os preços e os custos utilizados terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no [art. 52 desta Lei](#);

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

IV - a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal;

V - o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal;

VI - os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. ([Regulamento](#))

§ 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

§ 2º É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

40. Quanto aos pontos acima reproduzidos, consignados no estatuto licitatório, cabe traçar as seguintes considerações:

1. os documentos devem observar a linguagem escrita e especificar a local e data em que foram redigidos, com a respectiva assinatura do agente competente por subscrevê-los: nesse ponto, registre-se que todos os atos do processo devem ser realizados na forma escrita, não sendo possível oralidade ou informalidade. Na eventualidade de obter-se alguma informação verbal, esta deve ser reduzida a termo, datada e assinada por quem a presta;

2. ressalvado o caso de licitação internacional (art. 52), à qual não se aplica este parecer referencial, os valores devem estar expressos na moeda corrente nacional;

3. o processo deverá ser preferencialmente digital, utilizando-se o Sistema Eletrônico de Informação (SEI), instituído no âmbito do Estado do RN por meio do Decreto nº 27.685/2018.

41. A deflagração dos autos com vista à aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros ou contratação de serviços pressupõe, ainda, a existência de designação de agente público responsável pelo desempenho das funções essenciais à contratação, na forma do art. 7º, *caput*, da lei de licitações.

42. Também faz-se necessária a certificação de que o objeto pretendido está contemplado no Plano de Contratações Anual (PCA) e no Plano de Contratações Anual do Estado (PCAE), de acordo com os arts. 17 e 22 do Decreto Estadual nº 32.449/2023 e da [Portaria nº 1046/2023-GS/SEAD](#), assim como a aferição de todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, em conformidade com o previsto no art. 18 da Lei Federal nº 14.133/2021:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o [inciso VII do caput do art. 12 desta Lei](#), sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar

todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

43. No que respeita a fase de planejamento da contratação, insta pontuar que essa é uma das fases mais importantes da contratação, pois é nesse momento que são definidos o objeto do contrato a ser firmado, o quantitativo, a opção por determinado produto ou serviço em detrimento de outro para melhor atender a demanda, o período da contratação, a forma de entrega do objeto contratado, dentre outros fatores. O planejamento, portanto, vai além de meramente identificar a necessidade de adquirir um produto ou a prestação de um serviço.

44. A partir de tal premissa, a lei de licitações fixou, no art. 72, abaixo transcrito, os documentos que devem intrinsecamente os autos de contratação direta para viabilizar o adequado processo de planejamento da contratação. Veja-se:

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.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial. (g.n)

45. Dadas as peculiaridades inerentes a cada um dos documentos mensurados no dispositivo legal acima citado, eles serão abordados individualmente no corpo deste parecer.

2.3.1. Documento de formalização (art. 72, inciso I)

46. A começar pela previsão constante do inciso I, é possível observar que no processo de contratação direta o legislador condicionou o ato de deflagração da demanda à elaboração de expediente denominado "*documento de formalização de demanda*", ao qual deverão ser anexados, "*se for o caso*": estudo técnico preliminar; análise de riscos; termo de referência, projeto básico ou projeto executivo, contendo informações aptas a viabilizar o **planejamento da contratação**.

47. Quanto ao documento de formalização da demanda, esse deve ser interpretado em conjunto com o art. 12 e art. 18. Quanto ao ato inaugural, esse é simples (geralmente "memorando"), devendo conter a informação do objeto contratado, com sua quantidade, justificativa para a contratação e a previsão de entrega de bem ou serviço ou de início para a prestação do serviço. Enfim, seguindo a prática administrativa atual, identificada a necessidade administrativa de contratação, nos moldes do dispositivo legal acima grifado, esse processo tramita via sistema SEI!, observando o Decreto Estadual nº 27.685/2018.

48. Oportuno destacar que a literalidade da expressão "*se for o caso*" denota que algumas hipóteses de contratação direta admitem a inclusão parcial desses documentos listados no dispositivo em comento, conforme o caso concreto.

49. O planejamento da contratação, por sua vez, segue o mesmo fluxo do processo licitatório. Aliás, pode ocorrer de o planejamento ser iniciado com o intuito de licitar o objeto pretendido e, no seu decorrer, constatar-se a configuração de situação na qual se permita a contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, dadas as peculiaridades da situação posta.

2.3.1.1. Estudo técnico preliminar

50. No que diz respeito ao estudo técnico preliminar, a Lei Federal nº 14.133/2021, em seu art. 6º, inciso XX, define-o como um "*documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação*" (g.a.).

51. Consoante estabelece a referida Lei nº 14.133/2021, no art. 18, § 1º, a descrição da necessidade da contratação deve ser fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido, evidenciando o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, a partir da abordagem aos seguintes elementos:

Art. 18. [...]

§ 1º [...]

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. (g.a.)

52. Nada obstante o exposto, a lei de licitações prevê que, em certas circunstâncias, o estudo técnico preliminar seja elaborado de forma simplificada (sem alguns dos itens acima), devendo, contudo, conter, pelo menos, os elementos descritos nos itens I, IV, VI, VIII e XIII, acima destacados. A dispensa dos outros elementos, porém, ainda que permitida, deve ser justificada, conforme dispõe o § 2º do art. 18.

53. A relação entre a demanda apresentada e a solução proposta para supri-la tem impacto direto no quantitativo estimado para a contratação, a partir do qual se pode, também, estimar o valor do dispêndio que será gerado e verificar a necessidade de parcelamento ou não da contratação, fatores indispensáveis à aferição da adequação da medida proposta ao fim a que se destina. Daí porque a lei de licitações tratou tais elementos como indispensáveis.

54. Sempre que possível o estudo técnico preliminar deverá ser acompanhado de documentos que ofereçam respaldo aos elementos que o instruem, em especial no que se refere à adequação do quantitativo e do valor estimados, o que pode se dar pela apresentação de informações de contratações anteriores, memórias de cálculo e os outros documentos que assegurem a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, em sintonia com o art. 11, I, da Lei Federal nº 14.133/2021.

55. Quanto à imprescindibilidade do referido documento no processo de contratação direta por inexigibilidade de licitação, importante mencionar que a [Instrução Normativa nº 58/2022](#), que dispõe sobre a elaboração de estudos técnicos preliminares no âmbito da administração pública federal, excetua expressamente o referido documento em algumas hipóteses de contratações diretas por dispensa de licitação (*vide* art. 14), não havendo, porém, sido mencionado quaisquer das hipóteses de inexigibilidade de licitação.

56. De forma consoante, o já mencionado Enunciado nº 6 do FONACON prescreve que a ausência de apresentação de Estudo Técnico Preliminar no momento procedimental adequado tornará prejudicada a análise do procedimento licitatório pela assessoria jurídica, por ser um instrumento imprescindível para a escolha da solução e confecção dos demais documentos. Eis o teor do Enunciado nº 6:

A ausência de apresentação de Estudo Técnico Preliminar no momento procedimental adequado (art. 6º, inciso XX, da Lei Federal nº 14.133/2021), nos casos em que sua elaboração for obrigatória, tornará prejudicada a análise do procedimento licitatório pela assessoria jurídica, devido à imprescindibilidade do instrumento para a escolha da solução e para a confecção dos demais documentos obrigatórios.

57. Significa dizer que sem o Estudo Preliminar assessoria jurídica não poderá analisar o processo, sendo o caso de retorno para o setor responsável inseri-lo.

58. Associado a isso, reputamos válida a leitura do trecho a seguir reproduzido, extraído de artigo jurídico veiculado na página virtual da Zênite, empresa referência no segmento de consultoria sobre licitações e contratações públicas:^[10]

Em relação às inexigibilidades, na medida em que o afastamento do dever de licitar está ligado à inviabilidade de competição, entendemos pela necessidade de elaboração do estudo técnico preliminar, até mesmo para investigar, conforme as nuances da demanda da Administração, bem como do descritivo da necessidade/possível solução, se de fato resta configurada a inviabilidade de competição no caso concreto, ou se será o caso de licitar.

Portanto, de fato, nem todo processo de contratação direta necessitará de um estudo técnico preliminar ou de um termo de referência.

Porém, **em se tratando de inexigibilidade de licitação, em que, ao avaliar o objeto/solução, investiga-se igualmente a configuração da inviabilidade de competição, entendemos pela impossibilidade de dispensar o estudo técnico preliminar.** (g.a.)

59. Do excerto acima colacionado, depreende-se que o entendimento consignado é pela **impossibilidade de se dispensar o estudo técnico preliminar nas contratações diretas por inexigibilidade**, razão pela qual os processos administrativos dessa natureza deverão, necessariamente, serem instruídos com tal documento.

2.3.1.2. Análise de riscos

60. A etapa seguinte envolve a análise de riscos, atividade voltada a identificar eventos futuros e incertos que, caso venham a se concretizar, resultem em algum prejuízo ao procedimento de seleção ou à regular execução do contrato.

61. A análise de riscos, no âmbito da lei de licitações, constitui uma etapa do planejamento da contratação que se situa entre o estudo técnico preliminar e o termo de referência/projeto básico.

62. Por oportuno à compreensão deste tópico, convém esclarecer que a atividade de **análise de riscos não se confunde com a matriz de riscos**, ambas referenciadas na Lei Federal nº 14.133/2021. Em verdade, é certo dizer que a segunda é resultado da primeira.

63. De fato, quando se realiza a análise de riscos, a Administração assim o faz com o intuito de antecipar-se na identificação de problemas que podem comprometer a ideal execução do contrato a ser firmado, a partir da verificação de registros de ocorrência em contratações anteriores ou normas técnicas e outros documentos que, eventualmente, identifiquem riscos no segmento de mercado em que se insere a contratação.

64. A análise, portanto, precede a elaboração da matriz de riscos, esta conceituada pelo art. 6º, inciso XXVII, da Lei Federal nº 14.133/2021, da seguinte maneira:

Art. 6º [...]

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

65. Como visto, não há se falar em matriz de riscos na fase de planejamento da contratação. A matriz de risco, em suma, é a conversão em cláusula contratual do resultado obtido na análise de riscos, objetivando levar ao contrato os riscos identificados antes da sua celebração e, com isso, assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial, a partir da alocação de responsabilidade pelos ônus financeiros decorrentes desses eventos entre o contratante e a contratada, indicando quais seriam assumidos pelo setor público ou privado, ou mesmo compartilhados entre si.

66. Na fase de planejamento da contratação, a análise de riscos se propõe a compilar os riscos em potencial à execução do contrato, dimensioná-los, conforme o grau de dano que podem causar, indicando as possíveis ações preventivas e de contingenciamento para enfrentá-los, e definir os agentes encarregados de realizar tais ações.

67. Relativamente à possibilidade ou não de a análise de risco ser dispensada no processo de contratação direta por inexigibilidade de licitação, a Zênite faz a seguinte ponderação:^[11]

[...] ainda que não conste expressamente da Lei nº 14.133/2021, **entende-se possível dispensar a realização da análise de riscos quando o planejamento da contratação envolver a contratação de solução extremamente simples ou que se observe, por exemplo, elevado nível de conhecimento que a Administração já acumulou**, não demandando assim a elaboração de um gerenciamento de

riscos específico, ou permitindo o aproveitamento de estudos anteriores elaborados para outras ocasiões, **devendo a Administração justificar a desnecessidade de instruir o planejamento com tal requisito.** (g.a.)

68. Consoante acima explanado, **em situações pontuais, pode ocorrer a dispensa da realização da análise de riscos**, quando comprovado que o planejamento da contratação não demanda solução complexa a ensejar a avaliação de riscos, ou quando a Administração puder avaliar os riscos com base em análise de contratações anteriores e idênticas, nas quais não foram registradas intercorrências que prejudicaram o andamento do contrato. Em ambos os casos, todavia, a Administração deverá justificar o motivo de não ter elaborado a análise de risco.

2.3.1.3. Termo de referência, projeto básico ou projeto executivo

69. A terceira e última etapa do procedimento de planejamento da contratação consiste na elaboração do termo de referência, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso.

70. O fator preponderante para a escolha de qual dos três documentos será utilizado no processo de contratação é saber distinguir a finalidade para a qual cada um deles é destinada.

71. Voltando à análise das definições conceituais veiculadas no art. 6º da Lei Federal nº 14.133/2021, o primeiro dos três documentos neste item abordados, o termo de referência, encontra-se contemplado no inciso XXIII, adiante reproduzido:

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

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

72. Além das informações acima elencadas, o art. 40, § 1º, da lei de licitações estabelece os seguintes elementos a serem considerados na elaboração do termo de referência:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

[...]

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do caput do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

73. Os dispositivos em cotejo evidenciam que **a finalidade do termo de referência é instruir os processos de contratação de bens e serviços**, de forma a sintetizar as principais informações acerca da contratação a ser realizada, inclusive no que diz respeito à fundamentação legal que lhe dá respaldo, devendo ser elaborado em estrita consonância com os parâmetros e elementos indicados no inciso XXIII do art. 6º da Lei Federal nº 14.133/2021.

74. O projeto básico, ao seu turno, tem prevista a sua definição conceitual no inciso XXV do já mencionado art. 6º, cuja redação assim dispõe:

XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida;

b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a evitar, por ocasião da elaboração do projeto executivo e da realização das obras e montagem, a necessidade de reformulações ou variantes quanto à qualidade, ao preço e ao prazo inicialmente definidos;

c) identificação dos tipos de serviços a executar e dos materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como das suas especificações, de modo a assegurar os melhores resultados para o empreendimento e a segurança executiva na utilização do objeto, para os fins a que se destina, considerados os riscos e os perigos identificáveis, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

d) informações que possibilitem o estudo e a definição de métodos construtivos, de instalações provisórias e de condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;

e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendidos a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, obrigatório exclusivamente para os regimes de execução previstos nos incisos I, II, III, IV e VII do caput do art. 46 desta Lei;

75. Da leitura do dispositivo ora transcrito, fica evidenciado que **a finalidade do projeto básico é instruir os processos de contratação de obra ou serviço de engenharia**, e a sua função, tal qual o documento anteriormente abordado, é colacionar as principais informações acerca da contratação a ser realizada, a partir dos elementos indicados no inciso XXV do art. 6º da Lei Federal nº 14.133/2021.

76. Por fim, o projeto executivo está previsto no consequente inciso XXVI do mesmo artigo, que traz as disposições adiante transcritas:

XXVI - projeto executivo: conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes;

77. Cumpre observar que a **finalidade do projeto executivo também é instruir os processos de contratação de obra ou serviço de engenharia**, entretanto, a sua função no processo é complementar a do projeto básico, isso porque nele serão abordadas, tão somente, as nuances prescritas no projeto básico que requerem um nível descritivo mais minucioso de informação além do que já foi explanado.

78. Partindo da análise da finalidade a que se propõe cada um dos documentos acima citados, **não há como se cogitar que o termo de referência ou projeto básico possam ser dispensados**, sobretudo nas contratações por inexigibilidade, haja a vista a necessidade de demonstração cabal da subsunção da pretensa contratação à norma que afasta a obrigatoriedade de licitar em função da inviabilidade de competição.

79. **O projeto executivo, por outro lado, por se tratar de um complemento ao projeto básico, somente deve ser elaborado quando necessário à apresentação de detalhamento de soluções encartadas no projeto básico**, ou seja, quando a complexidade da contratação exigir informações pormenorizadas quanto à identificação de serviços, materiais e equipamentos a serem utilizados, bem como suas especificações técnicas e normas técnicas aplicáveis.

2.3.2. Estimativa de despesa (art. 72, inciso II)

80. Superada a fase de planejamento da contratação prevista no inciso I do art. 72, e identificada a viabilidade para prosseguimento do feito, deverá o processo de contratação direta ser instruído com as demais informações indispensáveis à análise do pedido de autorização para realização da despesa, a começar pelo custo estimado da contratação.

81. A rigor do que estabelece a lei de licitações, a estimativa da despesa deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da referida lei, cujo teor da norma assim impõe:

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:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

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;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

§ 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o **caput** deste artigo, poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo. (g.a.)

82. De acordo com o que se verifica do dispositivo em tela, a despeito de o *caput* asseverar a necessidade de observância aos "*valores praticados pelo mercado*", há de se considerar que a hipótese de inexigibilidade tratada neste parecer referencial inviabiliza a parametrização de valor com base no preço de outros fornecedores.

83. Nesse caso, o § 4º do mesmo artigo disciplina que o contratado deverá comprovar que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

2.3.3. Parecer jurídico e pareceres técnicos (art. 72, inciso III)

84. Sucessivamente, o art. 72, inciso III, da Lei Federal nº 14.133/2021, prevê que o processo de contratação direta deverá ser instruído com "*parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos*".

2.3.3.1. Parecer jurídico

85. Quanto ao parecer jurídico, o § 4º do art. 53 da Lei Federal nº 14.133/2021 estatui a necessidade da existência do parecer nas contratações diretas, prescrevendo o seguinte:

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

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

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

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

III - (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no [art. 54](#).

§ 4º Na forma deste artigo, o **órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas**, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico. (g.n)

86. Nessa linha intelectual, por força do Decreto nº 29.641/2020, que dispõe sobre a adoção de parecer referencial no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado (PGE), **a análise jurídica do processo de contratação direta por inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, prevista no art. 74, I, da lei de licitações, realizar-se-á conforme este parecer referencial e lista de verificação anexa.**

2.3.3.2. Pareceres técnicos

87. No tocante aos pareceres técnicos, a necessidade de elaboração deverá ser analisada em cada caso concreto.

88. Em outras palavras, sempre que pelas peculiaridades da contratação for imprescindível a definição das especificações técnicas, estéticas e de desempenho, ou a análise de contratações anteriores, custos e condições de garantia sobre os materiais, equipamentos, gêneros ou serviços a serem contratados, deverá ser elaborado parecer técnico para o cotejo dessas informações e verificação da viabilidade técnica da contratação.

89. Acaso se entenda pela necessidade de sua elaboração, a equipe técnica terá de proferir parecer técnico conclusivo, apontando a existência dos requisitos indispensáveis à contratação.

90. Não sendo o caso, deverá ser apresentada justificativa nos autos detalhando as razões pelas quais referido documento foi dispensado.

2.3.4. Demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários (art. 72, inciso IV)

91. Com a definição do valor da contratação, o setor financeiro expedirá informação contendo a indicação da respectiva dotação orçamentária que atenderá a despesa, e incluirá nos autos a correspondente Nota de Pré-empenho, em consonância com o art. 60 da Lei Federal nº 4.320/1964.

92. Além disso, deverá constar dos autos Declaração subscrita pela autoridade ordenadora de despesas atestando a adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual (LOA), o Plano Plurianual (PPA) e a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) vigentes, nos termos do art. 16, inciso II, da Lei Complementar Federal nº 101/2000.

2.3.5. Comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessárias (art. 72, inciso V)

93. Para o fim de demonstração de cumprimento dos requisitos de habilitação e qualificação suficientes para contratar junto à Administração Pública, devem ser observadas as disposições encartadas nos arts. 62 e 66 ao 70 da lei de licitações, os quais serão abordados, um a um, nos subitens a seguir, a começar pelo art. 62, *in verbis*:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- I - jurídica;
- II - técnica;
- III - fiscal, social e trabalhista;
- IV - econômico-financeira.

94. Como se vê do dispositivo em tela, a habilitação e qualificação mínima suficientes para contratar junto à Administração Pública compreendem aspectos de ordem jurídica, técnica, fiscal, social e trabalhista e econômico-financeira, para os quais a lei de licitações estabelece requisitos específicos de comprovação.

2.3.5.1. **Habilitação jurídica**

95. O primeiro dos quatro incisos do art. 62 exige a comprovação de habilitação jurídica, que se dá na forma do art. 66 da mesma lei, isto é: mediante a "*comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada*".

96. A comprovação de habilitação jurídica, portanto, deve ser realizada por meio da apresentação dos seguintes documentos:

- 1) O Ato Constitutivo: esse documento comprova a existência legal da pessoa jurídica. Pode ser o contrato social (sociedades empresárias), o estatuto social (Sociedades anônimas e Associações), ou requerimento de empresário (empresa individual sem sócios);
- 2) Alterações e consolidação deste documento também devem estar presentes;
- 3) Documentos do Representante Legal da empresa (com foto): Registro Geral (RG), Carteira Nacional de Habilitação (CNH), Registro de Conselho de Classe (OAB, CRM, CFC, CREA etc.);
- 4) Documento dos sócios da empresa: devem ser apresentados da mesma forma como o documento do representante legal;
- 5) Diretoria: este documento deve ser apresentado caso a empresa seja uma sociedade civil;
- 6) Decreto de autorização de funcionamento: necessário quando são empresas estrangeiras que se instalam no Brasil. A depender do tipo de serviço prestado por ela, a empresa também deverá apresentar o alvará de funcionamento.

97. Apresentados os documentos acima referidos, dá-se por satisfeita a primeira obrigação quanto à demonstração dos requisitos de habilitação e qualificação.

2.3.5.2. **Habilitação técnica**

98. Por sua vez, a comprovação de habilitação técnica encontra previsão no art. 67, abaixo reproduzido:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI - declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 2º Observado o disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

§ 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.

§ 5º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

§ 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do **caput** deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

§ 7º Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do **caput** deste artigo por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil.

§ 8º Será admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III do **caput** deste artigo.

§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.

§ 10. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte, se o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciado individualmente, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica:

I - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada empresa consorciada na proporção quantitativa de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

II - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

§ 11. Na hipótese do § 10 deste artigo, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso este não conste expressamente do atestado ou da certidão, deverá ser juntada ao atestado ou à certidão cópia do instrumento de constituição do consórcio.

§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do **caput** deste artigo, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade. (g.a.)

99. Importa destacar que a lei de licitações restringiu os documentos de comprovação da qualificação técnico-profissional e técnico-operacional às hipóteses constantes dos incisos I ao VI do art. 67, tendo discorrido nos parágrafos seguintes sobre situações pontuais em que tais exigências podem ser afastadas ou flexibilizadas e até mesmo enrijecidas, a depender do caso concreto e a critério da Administração, além de especificar a forma com que se dará a comprovação de qualificação quanto a alguns dos documentos que listou.

100. Com efeito, a lei previu **ressalvas legais** admitindo a inaplicabilidade da exigência de atestados em alguns casos (§§ 1º e 2º); a utilização de outros documentos hábeis a comprovar expertise da contratada na sua respectiva área de atuação (§ 3º); a possibilidade de aceitação de documentação de habilitação emitida por entidade estrangeira (§ 4º); e a substituição do técnico ou equipe técnica responsável pela execução da obra ou serviço por profissional(is) de experiência equivalente ou superior (§ 6º).

101. Por outro lado, a lei prescreveu a **possibilidade de a Administração exigir** demonstração de que o fornecedor tenha executado serviços similares aos que se pretende contratar (§ 5º), da relação dos compromissos assumidos pela contratada que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico que se responsabilizará pela execução da obra ou serviço (§ 8º) e da comprovação de qualificação técnica por meio de atestados relativos a potencial subcontratado (§ 9º).

102. Finalmente, estabeleceu **diretrizes a serem observadas quanto à comprovação de qualificação relativa a alguns documentos**, como o registro ou inscrição de sociedades empresariais estrangeiras perante a entidade profissional competente no Brasil (§ 7º), o atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte a contratada (§§ 10 e 11) e a impossibilidade de serem admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que tenham dado causa à aplicação das sanções impedimento de licitar e contratar e de declaração de inidoneidade, em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade (§ 12º).

2.3.5.3. **Habilitações fiscal, social e trabalhista**

103. Ao seu turno, a forma de comprovação das habilitações fiscal, social e trabalhista está elencada no art. 68, *ipsis litteris*:

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º Os documentos referidos nos incisos do **caput** deste artigo poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

§ 2º A comprovação de atendimento do disposto nos incisos III, IV e V do **caput** deste artigo deverá ser feita na forma da legislação específica. (g.a.)

104. Cumpre consignar que o legislador lançou mão de viabilizar à Administração a possibilidade de substituir ou suprimir, no todo ou em parte, os documentos de habilitações fiscal, social e trabalhista previstas nos incisos do art. 68 por outros documentos hábeis a comprovar a regularidade, inclusive por meio eletrônico, conforme disposto no § 1º.

105. Nada obstante, o § 2º do mesmo artigo impõe que a demonstração de regularidade perante a Fazenda federal, estadual e municipal; relativa à Seguridade Social e ao FGTS; assim com perante a Justiça do Trabalho, seja feita na forma da legislação específica.

106. Ainda no que diz respeito à comprovação de habilitações fiscal, social e trabalhista, acresça-se a necessidade de verificação de eventual proibição para contratar junto à Administração, nos seguintes sistemas de consulta de registro de penalidade:

- 1) Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS (<http://www.portaltransparencia.gov.br>);
- 2) Lista de Inidôneos do Tribunal de Contas da União (<http://portal2.tcu.gov.br>); Consulta ao cadastro de Pessoas Inidôneas e Suspensas <https://www.tce.rn.gov.br/Transparencia/PessoasInidoneas>
- 3) Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores – SICAF;
- 4) Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal - CADIN; e
- 5) Conselho Nacional de Justiça - CNJ (<http://www.cnj.jus.br>).

107. Ressalte-se que a consulta aos mencionados sistemas de registro de penalidade é de suma importância para identificar fornecedores que eventualmente tenham sofrido sanções que impliquem restrição de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública, não podendo a Administração quedar-se da obrigação de fazê-la.

108. Precisamente quanto à consulta ao CADIN, convém observar que a sua obrigatoriedade, estatuída pelo art. 6º da Lei Federal nº 10.522/2002, embora necessária para firmar um parâmetro da futura contratação baseada nas experiências da contratada em outras avenças firmadas com o Poder Público, **não** constitui, por si só, impeditivo para a celebração do futuro contrato, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) quando julgou a [ADI 1454](#).

2.3.5.4. **Habilitação econômico-financeira**

109. Por fim, quanto à comprovação de habilitação econômico-financeira, o art. 69 lista os seguintes documentos a seguir destacados:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.

§ 2º Para o atendimento do disposto no **caput** deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do **caput** deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos. (g.a)

110. O último dos artigos a ser abordado é o art. 70, no qual prevista a forma com que se dará a apresentação dos documentos de habilitação e as hipóteses em que a lei admite a substituição e dispensa, total ou parcial, de alguns deles.

Art. 70. A documentação referida neste Capítulo poderá ser:

I - apresentada em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração;

II - substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei;

III - dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Parágrafo único. As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.

111. Vale destacar que o parágrafo único do dispositivo em tela faz referência à hipótese específica de a contratada ser empresa estrangeira que não funcione no Brasil. Para esse caso, é estabelecido que deverão ser apresentados documentos equivalentes aos exigidos, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo Federal.

2.3.6. Razão da escolha do contratado (art. 72, inciso VI)

112. No caso vertente, a contratação irá ocorrer por inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos, gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, e assim sendo é obrigatória a comprovação da inviabilidade de competição.

113. Nesse caso, há de se comprovar a condição de exclusividade do fornecedor na forma prevista no parágrafo primeiro do art. 74 da Lei Federal nº 14.133/2021, “[...] 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 exclusivos, vedada a preferência por marca específica**”. (g.n.)

114. Embora haja um rol exemplificativo de documentos hábeis a demonstrar a exclusividade do fornecedor para comercializar determinado produto, o melhor dos exemplos para a aplicação prática de

tais documentos pode ser extraído da lição de Marçal Justen Filho, ^[12] ao tratar da representação comercial exclusiva como sendo “*a figura comercial que se faz presente quando um fornecedor atribui a determinado agente econômico o direito privativo de intermediar negócios em certa região*”.

115. Partindo dessa premissa, o jurista Luiz Claudio de Azevedo Chaves, ^[13] em artigo publicado na revista do TCU, esclarece que a prática tem demonstrado ser uma das formas mais frequentes de inexigibilidade por ausência de competidores aquela que se dá por força de **contrato de exclusividade comercial**, em que a fabricante do produto ou detentor dos direitos de distribuição, ou ainda, da propriedade imaterial (*caso das editoras de livros e periódicos ou donos de patentes industriais*) entrega à determinada empresa de seu círculo comercial (*franqueados, empresas credenciadas ou da sua rede autorizada*) a exclusividade de fornecimento/distribuição ou da prestação de serviços. A exclusividade, em tais casos, pode ser restrita a uma determinada região e até mesmo a um período certo.

116. Por tal razão, para Justen Filho (*op. cit.*) a inexigibilidade de licitação alcança não só a representação comercial exclusiva, como também “*qualquer espécie de agente econômico titular de cláusula de exclusividade*”.

117. Nessa perspectiva, podem ser citados como exemplos de documentos idôneos para fins de comprovação da exclusividade no fornecimento de materiais, equipamentos, gêneros ou serviços:

1. Registro de patente ou marca: Documentos que comprovam o registro de patente ou marca exclusiva do produto ou serviço oferecido, evidenciando que o fornecedor detém o direito exclusivo de comercialização.
2. Laudos técnicos ou pareceres especializados: Relatórios técnicos ou pareceres emitidos por entidades reconhecidas que atestem a exclusividade do fornecedor com base em características únicas do produto ou serviço.
3. Certificações e homologações: Documentos oficiais emitidos por órgãos reguladores ou entidades certificadoras que comprovem a exclusividade do fornecedor em razão de aspectos técnicos ou normativos.
4. Declarações de entidades representativas ou associações de classe: Posicionamentos formais de entidades representativas do setor que atestem a exclusividade do fornecedor com base em critérios de qualidade, inovação ou singularidade do produto ou serviço.

118. Assim, somente diante da comprovação, deverá ser apresentada a justificativa pela autoridade ordenadora de despesas (ou por ela ratificada) deve abordar a necessidade de afastar a realização de uma licitação e, evidenciando o princípio da impessoalidade, o porquê da escolha de determinada pessoa, física ou jurídica, para executar o contrato, de modo a demonstrar que a demanda da Administração somente poderia ser atendida por aquela solução comercializada por apenas um agente econômico (exclusividade).

2.3.7. Justificativa de preço (art. 72, inciso VII)

119. Quanto a este ponto, convém chamar atenção ao fato de que o legislador optou por abordar em apartado a justificativa de escolha do contratado e a justificativa de preço. Por consectário lógico dessa premissa, no âmbito do processo administrativo de contratação direta, devem as justificativas da razão de escolha do fornecedor e de preço seguirem separadas, em documentos distintos.

120. De fato, não necessariamente o valor da contratação irá influenciar nos motivos que levaram à escolha do contratado. Nesse sentido, veja-se o fragmento adiante colacionado extraído de artigo jurídico sobre a matéria publicado no portal Observatório da Nova Lei de Licitações: ^[14]

A justificativa do preço está apartada da razão da escolha da contratada, apesar de ser comum que, na contratação direta, esta se dê, única e exclusivamente, em face do preço. Comum, porém, equivocado. Há situações em que o preço deve definir a contratação, outras, em que ele pode influenciá-la e, outras, ainda, em que ele não deve determinar a ação contratual a ser realizada.

121. É sabido que as contratações diretas, assim entendidas as decorrentes de afastamento de licitação, costumam ser vistas com maior rigor pelos órgãos de controle, motivo pelo qual é indispensável que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para demonstrar a razoabilidade dos preços, visando a afastar eventuais questionamentos que apontem para superfaturamento e comprometam a eficácia do ajuste.

122. Nesse diapasão, o já mencionado § 4º do art. 23 da lei de licitações prevê a possibilidade de comprovar a compatibilidade dos preços praticados a partir da apresentação de informações de contratações semelhantes realizadas cujos objetos sejam de mesma natureza, como notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo ([Acórdão 2993/2018 - Plenário do TCU](#)).

123. O parâmetro de preço a ser utilizado deve ser o praticado pelo próprio prestador do serviço a ser contratado, porquanto é a exclusividade no fornecimento daquele material, equipamento, gêneros ou serviço que condicionou a sua escolha e respaldou a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação.

124. São, pois, esses fatores que deverão ser apontados na justificativa de preço nas contratações direta por inexigibilidade firmadas com base no inciso I do art. 74 da lei de licitações.

2.3.8. **Autorização da autoridade competente (art. 72, inciso VIII)**

125. O servidor encarregado pela conferência da instrução processual, ao constatar a sua conformidade com a orientação jurídica disposta neste parecer referencial, acostará a declaração de conformidade e enviará o processo à autoridade ordenadora de despesas para autorizar o prosseguimento do feito.

126. Na eventualidade de verificar o não atendimento de algum dos requisitos dispostos na Lista de Verificação, deverá baixar o feito em diligência ao setor a quem incumbe instruir, conforme despacho padronizado que acompanha o presente.

127. A autoridade ordenadora de despesas, por sua vez, convencendo-se da regularidade do procedimento e da inexistência de motivação para revogá-lo por conveniência e oportunidade, procederá, motivadamente, à autorização da contratação.

2.3.9. **Publicação do ato que autoriza a contratação direta ou do extrato do contrato (art. 72, parágrafo único)**

128. A Lei Federal nº 14.133/2021 impõe que o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato seja publicado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

129. Para os fins da Lei Federal nº 14.133/2021, entende-se por "*sítio eletrônico oficial*" o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), cuja finalidade precípua, a rigor do que dispõe o art. 174, I, da lei de licitações, é a de "*divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta lei*".

130. Importa consignar que o *caput* do consequente art. 175 permite aos entes federativos instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações. A despeito disso, até que seja criado sítio eletrônico específico para tal finalidade em âmbito estadual, as publicações obrigatórias dos atos exigidos pela Lei Federal nº 14.133/2021 deverão, necessariamente, constar do PNCP.

131. Oportuno esclarecer que a análise jurídica objeto deste parecer referencial contempla as etapas do processo anteriores à autorização da contratação, haja vista a presente peça destinar-se, em

último plano, a subsidiar juridicamente a decisão do gestor sobre a contratação a ser realizada.

132. Em razão disso, quando da análise do feito pela autoridade ordenadora de despesas, deverá constar dos autos a minuta do ato a ser publicado no PNCP, ressaltando, desde já, a imprescindibilidade de sua publicação, em até 10 (dez) dias úteis, conforme preceitua o art. 94, II, da Lei Federal nº 14.133/2021, para fins de eficácia da contratação direta.

2.3.10. Minuta do contrato e a possibilidade de sua dispensa

133. A rigor do que dispõe o art. 72, parágrafo único, da lei de licitações, alternativamente à publicação do ato que autoriza a contratação direta, é possível que seja publicado no PNCP o extrato do contrato firmado, nos casos em que a avença for celebrada mediante instrumento formal pactuado pela partes.

134. Nesses casos, a minuta do instrumento contratual a ser celebrado deverá instruir o processo administrativo quando da submissão à autorização da autoridade ordenadora de despesas, e conterá a integralidade das cláusulas necessárias previstas no art. 92 da Lei Federal nº 14.133/2021, *ad litteram*:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

IX - a matriz de risco, quando for o caso;

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

XIX - os casos de extinção.

§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

I - licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação;

II - contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo;

III - aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

§ 2º De acordo com as peculiaridades de seu objeto e de seu regime de execução, o contrato conterá cláusula que preveja período antecedente à expedição da ordem de serviço para verificação de pendências, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início de sua execução.

§ 3º Independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:

I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

§ 5º Nos contratos de obras e serviços de engenharia, sempre que compatível com o regime de execução, a medição será mensal.

§ 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no [§ 6º do art. 135 desta Lei](#).

§ 7º Para efeito do disposto nesta Lei, consideram-se como adimplemento da obrigação contratual a prestação do serviço, a realização da obra ou a entrega do bem, ou parcela destes, bem como qualquer outro evento contratual a cuja ocorrência esteja vinculada a emissão de documento de cobrança. [\(Incluído pela Lei nº 14.770, de 2023\)](#) (g.a.)

135. A título de **exceção**, porém, a lei de licitações permite, especificamente nas situações previstas no seu art. 95, a dispensa da formalização de instrumento contratual. Veja-se:

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no [art. 92 desta Lei](#).

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

136. Precisamente nos casos acima previstos, o instrumento do contrato pode ser substituído por outros documentos, a exemplo da carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

137. Ademais disso, tal como nas demais situações descritas neste parecer referencial, em que a legislação permite ao gestor optar pela exceção em detrimento da regra, **a autoridade ordenadora de despesas terá que justificar a eventual dispensa da formalização do contrato quando optar por assim fazê-lo**, a fim de expor a motivação dos seus atos.

3. CONCLUSÃO

138. Relativamente à possibilidade de contratação direta por inexigibilidade de licitação ou inexigibilidade de licitação para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, disciplinada no art. 74, I, da Lei Federal nº 14.133/2021, opino pelo deferimento, eis que atendidos todos os requisitos, conforme lista de verificação anexada ao presente parecer, e que é condição de validade deste.

139. Cumprindo o disposto no art. 3º, III, do Decreto Estadual nº 29.641/2020, registra-se que, **nos termos do art. 5º, da norma citada, para utilizarem-se deste parecer referencial devem os órgãos e entidades instruir o processo com a respectiva cópia integral e cota de aprovação, identificação pela assessoria jurídica do órgão ou entidade, e declaração da autoridade competente de que a situação concreta se enquadra nos parâmetros e pressupostos deste parecer e de que serão observadas as orientações nele contidas, conforme modelo anexo.**

140. Tal procedimento dispensa o envio do processo para exame pontual e casuístico da Procuradoria-Geral do Estado (PGE) em virtude da implementação da sistemática de parecer referencial.

141. Por fim, importante advertir de que ultimados os procedimentos atinentes ao exame da adequação do processo a este parecer referencial, deverão os autos serem remetidos à Unidade de Controle Interno (UCI) do órgão ou entidade para verificação de observância às normas de controle interno aplicáveis às contratações públicas, em especial às estatuídas pela Controladoria-Geral do Estado (CONTROL) e pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN), assim como pela Lei Complementar Federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF).

142. Diante do exposto, submete-se ao crivo do Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado a presente proposta de Parecer Referencial assinado pela Subprocuradora-geral Consultivo do Estado e Procurador-chefe da Procuradoria Especializada, para fins de submissão ao escrutínio do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado (CSPGE).

143. Em anexo, ao presente, modelo de declaração da autoridade e Lista de Verificação.

144. À consideração superior.

JANNE MARIA DE ARAÚJO
Subprocuradora-geral Consultiva

LUIZ ANTÔNIO MARINHO DA SILVA
Procurador-Chefe da Procuradoria das Licitações, Contratos e Convênios

Aprovado na 3ª Sessão Ordinária do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado do RN, realizada no dia 27 de março de 2024, conforme extrato da ata publicada na Edição nº 15.636, do DOE de 24 de março de 2024.

FILIFE ALVES DE LIMA COSTA
Procurador do Estado

MARCOS ANTÔNIO PINTO DA SILVA
Procurador do Estado

[1] https://raquelcarvalho.com.br/2018/03/31/inexigibilidade-de-licitacao-para-servicos-de-informatica/#_ftnref1.

[2] CRETELLA JUNIOR, José. Das Licitações Públicas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 190.

[3] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 190.

- [4] FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia. Dispensa e Inexigibilidade de Licitação. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 34.
- [5] FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia, op. Cit., p. 41.
- [6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 11ª ed. São Paulo: LumenJuris, p. 224.
- [7] TORRES, Ronny Charles de. Lei de Licitações Públicas Comentadas. 15ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. p. 450-451.
- [8] Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos / organizador Leandro Sarai - São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 892-893.
- [9] Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 14133/21 Comentada por Advogados Públicos / organizador Leandro Sarai - São Paulo: Editora JusPodivm, 2021. p. 893-894.
- [10] <https://zenite.blog.br/e-possivel-dispensar-o-etp-em-contratacoes-diretas/>
- [11] <https://zenite.blog.br/o-que-e-analise-de-risco-e-quando-deve-ser-realizada-no-etp-tr-ou-em-apartado/>
- [12] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p. 363.
- [13] <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1335>
- [14] STROPPA; PÉRCIO, 2022. O Processo de Contratação Direta na Lei nº 14.133/21. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/08/19/o-processo-de-contratacao-direta-na-lei-no-14-133-21/>



Documento assinado eletronicamente por **JANNE MARIA DE ARAUJO, Subprocuradora-Geral Consultivo**, em 12/04/2024, às 13:05, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º do [Decreto nº 27.685, de 30 de janeiro de 2018](#).



Documento assinado eletronicamente por **LUIZ ANTONIO MARINHO DA SILVA, Chefe da PLCC**, em 17/04/2024, às 07:03, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 4º do [Decreto nº 27.685, de 30 de janeiro de 2018](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.rn.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **25941535** e o código CRC **CAEF2749**.