

Processo nº: 17.418/2023

Parecer nº: 444/2024

Órgão Consulente: SEOSP

SOLICITAÇÃO DE CONTRATAÇÃO DIRETA –
INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO – FORNECEDOR
EXCLUSIVO - COELBA – ARTIGO 74, INCISO I DA LEI
Nº 14.133/2021 – NECESSIDADE DE
COMPLEMENTAÇÃO DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL -
POSSIBILIDADE CONDICIONADA À ADEQUADA
INSTRUÇÃO.

PARECER JURÍDICO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Prefacialmente, registra-se que cabe à Assessoria Jurídica a verificação de atendimento de requisitos legais para a pretensa contratação, sendo que a deliberação de mérito é atribuição dos ordenadores da despesa.

2. DA CONTRATAÇÃO

Trata-se o presente processo de intenção da Secretaria de Obras e Serviços Públicos, como se observa em termo de referência, para contratação de Concessionária de Energia Elétrica (COELBA) para realocação e postes e rede elétrica em via pública, na interligação da Rua Sergipe com a Rua Brasil, Baixio, sede do município de Mata de São João-BA.

Os detalhes da contratação estão em Termo de Referência elaborado pela Secretaria. Quanto ao mérito, não se emitirá qualquer juízo de valor.

A referida contratação, é no valor de R\$ 6.930,00 (seis mil novecentos e trinta reais) conforme se extrai da solicitação de despesa.

Ressalte-se que a deliberação dos ordenadores da despesa deverá ser específica e motivada, como se requer de todos os atos administrativos, referindo-se às manifestações técnicas constantes dos autos como fundamentação, para que não incorram em nulidade.

Assim, requereu-se a contratação direta por inexigibilidade de licitação fundada no artigo 74, I, da lei 14.133/21.

3. ANÁLISE LEGAL

A Lei de nº 14.133/2021 prevê em seu Artigo 74 as hipóteses de inexigibilidade de licitação, ou seja, as situações em que a competição mostra-se inviável, levando a Administração Pública, utilizando-se da sua competência discricionária, a contratar diretamente.

Mais uma vez, assim como na antiga legislação regente das contratações públicas, o rol de hipóteses de contratação por inexigibilidade é meramente exemplificativo, partindo-se sempre do pressuposto de inviabilidade de se estabelecer requisitos para competição.

Assim dispõe o permissivo legal:

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;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;
- IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;
- V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

O parágrafo 1º, a seu turno, traz regra específica para a espécie, já conhecida da Administração.

Art. 74...

§ 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 comerciais exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Merece registro o fato de que as compras e serviços, então, tanto por contratação direta quanto por meio de licitação, deverão ser planejadas e programadas, e não por força da nova lei de licitações, mas porque é o que se exige da boa administração da coisa pública. Assim, devem as contratações diretas das Secretarias estarem de acordo com o planejamento das mesmas para as despesas do ano e as que podem ultrapassá-lo, em caso de serviços de natureza continuada. É o que dispõe os artigos 18 e 40 da Lei 14.133/2021.

Sobre a contratação de fornecedor exclusivo, Marçal Justen Filho¹ lecionava a respeito da lei 8.666/93, entendimento também aplicável neste momento:

Como visto, a modalidade mais evidente de inviabilidade de competição é aquela derivada da ausência de alternativas para a Administração Pública. Se existe apenas um único produto em condições de atender à necessidade estatal, não há sentido em realizar licitação. Seria um desperdício de tempo realizar a licitação. (...)

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, fl. 276.

A decisão de contratar tem de ser antecedida de verificações acerca das diferentes soluções técnico-científicas disponíveis para atender ao interesse sob tutela estatal. Esta atividade administrativa prévia deverá conduzir à seleção de uma das alternativas como a melhor.

E prosseguia²:

Alternativa bastante peculiar é a ausência absoluta de pluralidade. São os casos em que o conhecimento tecnológico gerou uma única via de atendimento a certa necessidade. Essa alternativa tanto pode compreender casos em que haja tutela pelo Direito como casos em que a situação é meramente fática. Haverá hipóteses em que a única alternativa disponível está tutelada por privilégio de exclusividade, segundo as regras de propriedade imaterial (direitos autorais, direitos de propriedade industrial). Suponha-se a necessidade de adquirir um certo equipamento que está tutelado por patente de invenção. É óbvio que o Estado não poderá adquirir o produto equivalente, fornecido irregularmente por quem não é o titular dos direitos de comercialização. Mas a ausência de direito de exclusividade não elimina a inviabilidade de competição quando se caracteriza a mera circunstância fática de ausência de outro sujeito em condições de produzir outro objeto equivalente.

Assim, pode-se concluir que cabe à área técnica beneficiária a demonstração no corpo da instrução, de que somente esta empresa está apta a atender as necessidades da Administração, de modo que restará inviável a competição, a ponto de restar como alternativa a sua contratação por força do artigo 74, I da lei 14.133/21, ante a já citada exclusividade de propriedade.

Pois bem, quanto aos elementos indispensáveis à instrução processual da contratação direta, estes estão dispostos no artigo 72 da lei 14.133/21. Observe-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;

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005, fl. 277.

- 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.

Dentre eles, e diga-se, talvez, o mais essencial no processo de contratação direta, é o Termo de Referência, pois nele deverão constar as condições da contratação e identificação da necessidade da Administração Pública.

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

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

- a) definição do objeto, incluídos sua natureza, os quantitativos, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;
- 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;

É certo que nem todos os elementos de um Termo de Referência se aplicarão à todas as contratações, principalmente às mais simples.

Sugere-se que seja utilizado cada alínea do artigo 6º, XXIII, facilitando-se a compreensão e possibilitando a justificação dos itens inaplicáveis à contratação.

Da apreciação dos autos, constata-se que parte significativa dos requisitos instrutórios estão no processo. Por tal razão, instrui-se o órgão interessado a iniciar o processo sempre com identificação da demanda, justificativa da contratação, demonstração da razoabilidade e justificação do preço, comprovação da notória especialização - no caso concreto -, estimativa de despesa, identificação de espaço orçamentário para ela, para que somente então seja elaborado o Termo de Referência, minuta contratual, se for o caso, parecer jurídico, deliberação e autorização do(a) ordenador(a) da despesa.

Quanto ao instrumento contratual, quando utilizado, tendo em vista as hipóteses de substituição previstas no artigo 95 da lei 14.133/21, seus elementos de constituição constam nos artigos 89 e 92:

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

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;
- 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.

Em que pese a disposição de substituição de instrumento contratual prevista no citado artigo 95, as inexigibilidades não constam neste rol.

Todavia, já há doutrina afirmando que o instrumento contratual pode ser substituído por outro mais simples, quando a contratação tiver como valor máximo os limites de dispensa de R\$ 50.000,00 e R\$ 100.000,00, este último para serviços de engenharia.

É o caso do Professor Ricardo Alexandre Sampaio, em artigo publicado no site da revista e consultoria Zênite³:

³ Disponível em: <https://zenite.blog.br/a-substituicao-do-instrumento-de-contrato-na-lei-no-14-133-2021/#:~:text=independentemente%20do%20valor%2C%20ser%C3%A1%20poss%C3%ADvel,inclusiv e%20quanto%20a%20assist%C3%A2ncia%20t%C3%A9cnica>.

Para nós, essa conclusão não faz sentido algum. Ao invés disso, entendemos que a melhor interpretação da norma contida no art. 95, inciso I da Lei nº 14.133/2021, leva a compreensão de que em se tratando de contratação com valor inferior ao limite admitido para a contratação direta por dispensa de licitação em razão do valor (R\$ 100.000,00 – art. 75, incisos I; e R\$ 50.000,00 – art. 75, inciso II), independentemente do procedimento adotado para promover a seleção do contratado – licitação ou contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação, e ainda que a execução não ocorra de forma imediata e integral e da qual resultem obrigações futuras, será possível substituir o instrumento de contrato por outro instrumento hábil. Explica-se.

Vê-se que a opção no termo de referência é pelo instrumento contratual.

4. ANÁLISE DOCUMENTAL

Avançando-se mais na instrução processual, aprecia-se os documentos juntados para a formalização da contratação.

Há formalização da demanda em solicitação de despesa, bem como Termo de referência, estudo técnico preliminar e a análise de riscos (art. 72, I).

A estimativa da despesa (art. 72, II) encontra-se no Termo de referência, cabendo complementação quanto à justificação do preço (art. 72, VII), ou seja, a menção e comprovação de que fora elaborado conforme estabelecido no artigo 23 da lei, e comprovação de como se chegou ao valor do serviço. Sugere-se a juntada de tabela de serviços disponibilizada pela concessionária, com o fito de demonstrar-se que os preços não são arbitrados de modo aleatório, mas tabelados pela empresa.

O parecer jurídico (art. 72, III) é a presente peça. Inexiste parecer técnico além do ETP.

A dotação orçamentária (art. 72, IV) foi encartada.

O Termo de Referência não menciona requisitos mínimos de qualificação (art. 72, V) para execução do objeto, o que precisa ser sanado.

Há nos autos certidões de regularidade com a União, Estado da Bahia, com o Município de Salvador, CNDT. Ausenta-se certidão negativa de concordata e falência, regularidade FGTS e declaração de que não incide na vedação do artigo 7º, XXXIII da Constituição Federal (art. 68 da lei 14.133/21).

No processo constam atos constitutivos da empresa, atas de eleição de diretoria, contrato de concessão do serviço público sem estarem acompanhados de documento pessoal do representante da empresa e procuração que lhe confere poderes uma vez que a ata de reunião que renova mandato da diretoria informa que o término do mandato em janeiro de 2018.

A justificativa de escolha do fornecedor (art. 72, VI) deve ser robusta e, no presente caso, acompanhada de prova da exclusividade, como ocorreu na instrução.

Como já assinalado, para validade e atendimento do art. 72, VIII, a autorização da autoridade competente deve vir motivada, em ato específico no processo e acompanhada de decreto de delegação de competências (Decreto Municipal n. 132/22) e decreto de nomeação da Secretária.

Para fins de cumprimento do § 1º do artigo 74, juntou-se declaração de servidores e contrato de concessão.

Há ainda relatório fotográfico demonstrando a necessidade de realocação dos postes de rede elétrica.

Isto posto, constata-se que quase todos os requisitos da instrução, na forma do artigo 72 da lei 14.133/2021 estão presentes. Aqueles pendentes, deverão ser sanados tempestivamente pela Secretaria contratante, se permanecido o interesse público na contratação.

Existe indicação de fiscal e gestor do contrato no Termo de Referência, como estabelecido no artigo 117 da lei.

Há minuta de contrato de adesão a ser firmado, o qual resta aprovado, após saneamento processual. Ressalva-se que sendo utilizado o mesmo, deve a Secretaria providenciar uma numeração contratual interna.

Quanto à antecipação do pagamento suscitada nos autos, deve a Secretaria comprovar que é condição indispensável à realização do serviço, nos termos do artigo 145, §1º da lei 14.133/21. Para tanto sugere-se além do e-mail citado, a indicação desta orientação em regulamento ou carta de serviços da concessionária.

5. CONCLUSÃO

Cumpre registrar que trata-se esta Assessoria Jurídica de órgão consultivo e não deliberativo, razão pela qual não pode imiscuir-se na instrução ou apreciação de conveniência e oportunidade da contratação. Ademais, presume-se verdadeiras as certificações feitas pelos servidores em razão do princípio da legalidade a qual estão submetidos.

Logo, apresentando-se a presente peça como opinativo jurídico, não estão os ordenadores de despesa adstritos às considerações aqui pontuadas, de modo que poderão deliberar de maneira diversa, mas sempre motivando suas decisões, por ser postulado legal que se impõe.

Isto posto, e para os fins dispostos no § 4º do artigo 53 da lei 14.133/2021, afirma-se que não estão presentes na instrução todos os requisitos legais para contratação. Todavia, as pendências foram objetivamente pontuadas nesta peça opinativa de modo a possibilitar o saneamento processual, e prosseguimento da contratação.

Por fim, saneado o processo e optando-se os gestores pelo prosseguimento da contratação, deverá ser publicado extrato da mesma no Portal Nacional de Contratações Públicas, em atendimento ao artigo 94, II da lei 14.133/21..

É o parecer, S.M.J.

Mata de São João-BA, data da assinatura eletrônica.

Letícia Barbosa Bernardo
Assessor Jurídico
Mat. 9.120
(assinado eletronicamente)



VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: 8BBA-E3C8-E4CA-EDED

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:



LETÍCIA BARBOSA BERNARDO (CPF 092.XXX.XXX-10) em 07/08/2024 11:02:33 (GMT-03:00)

Papel: Parte

Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação por meio do link:

<https://matadesaojoao.1doc.com.br/verificacao/8BBA-E3C8-E4CA-EDED>