

PROCURADORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**PARECER****L/C 2024****Processo 15855/2024**

Assunto: Contratação Direta

Interessado: SEMAM – Aracruz/ES

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DIRETA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ART. 74, INCISO III, DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021. CONSIDERAÇÕES.

1 – RELATÓRIO.

Tratam os autos de processo em que a SEMAM – Aracruz/ES requer análise, e emissão de Parecer Jurídico, acerca da possibilidade jurídica de realização da contratação da Pessoa Jurídica Instituto Últimos Refúgios, por inexigibilidade de licitação - com base no art. 74, III, da Lei Federal nº 14.133/2021 – fundamentação trazida pelo Termo de Referência apresentado à documentação de E.doc. 5.2, para a contratação dos serviços de Avaliação Preliminar e Produção de Material Cultural e Socioambiental para fomentar a criação de um Corredor de Biodiversidade de Aracruz, baseado nos conceitos da Economia Verde e da Economia Azul.

Ao E.doc. 6.2 há a disponibilização da Requisição de Serviços correspondente, tombada sob o nº. 291/2024, valorada e devidamente assinada pela Autoridade Gestora.

Após realização de breve análise, constata-se que os autos em questão apresentam, até aqui, 110 páginas, dispostas em meio eletrônico.

É o breve relatório.



2 – ANÁLISE JURÍDICA.

Deve-se salientar, inicialmente, que a presente manifestação toma por base, exclusivamente, os elementos que constam, até a presente data, nos autos do processo administrativo em epígrafe. A esta Procuradoria incumbe prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos praticados no âmbito da Administração, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Pois bem. Conforme relatado, trata-se de consulta acerca da possibilidade jurídica de realização da contratação da Pessoa Jurídica Instituto Últimos Refúgios, por inexigibilidade de licitação - com base no art. 74, III, da Lei Federal nº 14.133/2021 – fundamentação trazida pelo Termo de Referência apresentado à documentação de E.doc. 5.2, para a contratação dos serviços de Avaliação Preliminar e Produção de Material Cultural e Socioambiental para fomentar a criação de um Corredor de Biodiversidade de Aracruz, baseado nos conceitos da Economia Verde e da Economia Azul.

Com relação à possibilidade de efetivação de contratação de forma direta, destaca-se que licitar é regra com sede constitucional (art. 37, inciso XXI, CF) e busca assegurar os princípios da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, sempre visando garantir a prevalência do interesse público inerente aos negócios e gestões conduzidos pela Administração Pública. Porém, há algumas ressalvas na Lei Federal nº 14.133/2021.

A dispensa da licitação é caracterizada pela faculdade da Administração Pública em não licitar, mesmo que o procedimento possa ser realizado, ou seja, são casos em que existe possibilidade de competição. De outro lado, as hipóteses de inexigibilidade de licitação são caracterizadoras da impossibilidade de realização do procedimento licitatório.

De qualquer forma, em atendimento ao art. 53, da Lei 14.133/2021, sobretudo, há a necessidade de um processo para averiguação de alguns requisitos legais, como a autorização da Autoridade Gestora correspondente, e as indicações sucinta do objeto e do recurso próprio para a despesa, dentre outros.

Da análise da citada *novel* legislação de regência, verifica-se que o processo de dispensa ou inexigibilidade terá início nos mesmos moldes do procedimento licitatório, ou seja, por meio de "processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa",



sendo juntados, oportunamente, os pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a dispensa ou inexigibilidade de licitação”.

A Secretaria de Município consulente pretende contratar, de forma direta, o Instituto citado, por inexigibilidade de licitação - com base no art. 74, III, da Lei Federal nº 14.133/2021.

Toda a matéria jurídica em discussão no presente parecer visa tão somente às contratações a serem firmadas com base na Lei nº 14.133/2021.

Sobre a obrigatoriedade de licitação, o art. 37, XXI da CF/88 estabelece:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão 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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Primeiramente, antes de adentrar nos pormenores atinentes à contratação direta, cumpre-nos apontar que deve o gestor atentar que, a despeito de os processos de dispensa e de inexigibilidade não se sujeitarem à mesma rigidez formal inerente aos processos licitatórios, ambos exigem o cumprimento da etapa de planejamento da contratação, no que couber. A esse respeito, como bem esclarece Marçal Justen Filho, *“a presença dos requisitos indispensáveis à dispensa ou à inexigibilidade apenas poderá ser identificada depois de exauridas as etapas iniciais de identificação do objeto e das soluções cabíveis.”*

É durante a etapa de planejamento, por exemplo, que: é elaborado o documento de formalização da demanda; é designada a equipe de planejamento da contratação; são confeccionados o estudo técnico preliminar e o termo de referência, apresentando-se justificativas para a necessidade da contratação e para os quantitativos; é definido com precisão o objeto da contratação; é realizada a pesquisa de mercado; é analisada a adoção de critérios de sustentabilidade etc.

Porém, considerando que o presente parecer não versa especificamente sobre a etapa de planejamento, não serão aqui apresentados detalhes sobre o tema. De toda forma, quando da



indicação dos documentos obrigatórios à instrução dos autos, será feita menção a documentos relativos a essa etapa procedimental.

Retornando ao raciocínio inicial, licitação é um procedimento administrativo, constituído de atos vinculados, mediante os quais se visa a assegurar que o Poder Público – no qual se incluem as autarquias – ao contratar obras, serviços e compras, obtenha a maior vantagem possível, para que o uso do dinheiro público seja feito com parcimônia, em face do princípio da indisponibilidade do interesse público, e com o fim de garantir que todos tenham iguais oportunidades de contratar com a Administração, em razão do princípio da igualdade.

Como visto, há situações que, apesar de gerarem vínculos entre a Administração e o particular, independem, por razões lógicas, de licitação. São aquelas em que a disputa se faz inconveniente, desnecessária ou impossível. **A Lei nº 14.133/2021, nos artigos 74 e 75 prevê as hipóteses de contratação direta, por inexigibilidade ou dispensa de licitação.** Ou seja, embora a regra para autarquias e órgãos públicos seja licitar, a Lei de Licitações, nos dispositivos citados, permite à Administração a contratação direta.

Como se vê, a exigência de prévia licitação é requisito essencial, de índole constitucional, para a realização de contratos com a Administração. Com efeito, tal exigência se faz necessária para a efetiva concretização dos princípios basilares que regem a Administração pública, elencados no art. 37, caput, da CF/88.

No entanto, o próprio dispositivo constitucional admite a ocorrência de casos específicos, expressamente previstos pela legislação, em que se permitem exceções à regra geral da prévia licitação como requisito à celebração de contratos com a Administração. Tais exceções encontram-se previstas atualmente nos arts. 74 e 75 da Lei n. 14.133/2021, que tratam, respectivamente, de inexigibilidade e de dispensa de licitação.

A leitura dos dispositivos constitucionais e legais sobre o tema permite concluir que a validade da contratação direta está igualmente condicionada à observância dos princípios fundamentais norteadores da licitação – legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa e julgamento objetivo.

A formulação administrativa da pretensão contratual envolve aspecto gerencial, técnico. Na descrição do objeto, o gestor precisará definir apenas o essencial para as necessidades administrativas. Devem ser evitados detalhes irrelevantes ou impertinentes.

Os artigos 150 e 40, da Lei n. 14.133, de 2021, dispõem, igualmente, sobre a importância da adequada caracterização do objeto.



A recomendação mais importante é descrever detalhadamente o objeto a ser contratado, com todas as especificações necessárias e suficientes para garantir a qualidade da contratação.

Além disso, deve-se levar em consideração as normas técnicas eventualmente existentes, elaboradas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, quanto a requisitos mínimos de qualidade, utilidade, resistência e segurança, nos termos da Lei n. 4.150, de 1962.

Isto posto, reforça-se que é de competência técnica a correta caracterização do objeto.

Nesse aspecto, cumpre esclarecer que não cabe ao órgão jurídico adentrar no mérito das opções do Administrador no que diz respeito à oportunidade e conveniência, exceto em caso de afronta a preceitos legais.

O papel da Assessoria é recomendar que tal justificativa seja a mais completa possível, orientando a unidade demandante, se for o caso, pelo seu aprimoramento, na hipótese de se mostrar insuficiente, desproporcional ou desarrazoada, de forma a tentar coibir futuros questionamentos, o que não foi o caso.

Especificamente acerca das hipóteses de inexigibilidade, a contratação direta será possível quando houver inviabilidade de competição, que decorre da falta de um pressuposto lógico da licitação: a própria concorrência. Ou seja, não se mostra razoável exigir da Administração Pública a realização de um procedimento licitatório se desde já é sabido a quem será direcionada a contratação.

Nos dizeres de Lucas Rocha Furtado¹:

sabe-se que a competição é um dos fundamentos básicos da licitação. Realiza-se esta a fim de que se possa obter a proposta que, nos termos da lei, seja considerada mais vantajosa para a Administração. A licitação não pode ser realizada quando não houver competitividade em relação ao objeto licitado.

A inexigibilidade de licitação, como modalidade de contratação direta, exige procedimento prévio e determinado, destinado a assegurar a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. É imprescindível a observância de etapas e formalidades legais. Nesse sentido, cita-se Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (2010, p. 387) – lições também aplicáveis à Nova Lei de Licitações:

1 Curso de Licitações e contratos Administrativos – 6ª edição – Belo Horizonte – Fórum, 2015, p. 461.
com o identificador 3400390039003600320031003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.



“Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. ‘Ausência de licitação’ não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (tais como verificação da necessidade e conveniência da contratação, disponibilidade de recursos etc.). Devem ser observados os princípios fundamentais da atividade administrativa, buscando selecionar a melhor contratação possível, segundo os princípios da licitação”.

Como citado, a regra para contratações públicas é a obrigatoriedade de procedimento licitatório. Há, porém, exceções, mediante contratações diretas, por meio de dispensas e inexigibilidades de licitação, desde que previstas na legislação.

Diferentemente da dispensa de licitação em que, em tese, existe a possibilidade fática da realização de licitação, na "inexigibilidade de licitação", há inviabilidade de competição. Caracteriza-se quando só um "futuro contratado" ou só um "fornecedor exclusivo para um determinado objeto" é capaz de satisfazer o interesse administrativo.

Ao regulamentar o preceito constitucional retro transcrito, a Lei nº 14.133, de 2021, previu nos Capítulos VIII e IX, restritas hipóteses nas quais o procedimento licitatório não é obrigatório.

Dentre tais hipóteses, para a situação versada nos autos, é salutar destacar a estatuída no art. 74, inciso III, constante do Capítulo VIII, que assim prescreve:

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

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;

Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade>
com o identificador 3400390039003600320031003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.



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.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

Destaca-se que tal previsão “ocupa o lugar” dos revogados Artigos 25, II c/c 13, da Lei nº 8666/93. E mais, a *novel* legislação não previu no Art. 74, III, a exigência de “singularidade” do objeto. Todavia, apesar da dissensão doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favoravelmente à desnecessidade da comprovação respectiva, nos termos da atual norma de regência. Não obstante, como bem destacado recentemente pela Advocacia Geral da União (PARECER n. 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU):

“A singularidade do objeto, deve-se ressaltar, sempre esteve intimamente ligada à notória especialização do profissional a ser contratado, conforme bem ressaltou o Ministro Benjamin Zymler no Acórdão no 2.616/15 – Plenário, em análise à contratação realizada ainda sob a égide da Lei no 8.666/93:

“29. Adentrando no exame da singularidade do objeto, ênfase que tal conceito não pode ser confundido com unicidade, exclusividade, ineditismo ou mesmo raridade. Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por inviabilidade de competição, fulcrada no caput do art. 25, e não pela natureza singular do serviço. O fato de



o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede que exista a contratação amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.”

Sob a situação posta (Art. 74, III), há alguns requisitos que são necessários para a caracterização da inviabilidade de competição, NOTADAMENTE:

“serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização”

Nesse sentido, a Advocacia Geral da União (PARECER n. 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU) preconiza o cumprimento dos seguintes requisitos para as contratações com fundamento no **Art. 74, III, da Lei 14133/21**, os quais reiteramos:

a) Para a contratação por inexigibilidade de licitação dos serviços técnicos especializados listados no art. 74, III, da Lei no 14.133, de 2021, deve a Administração comprovar (i) tratar-se de serviço de natureza predominantemente intelectual, (ii) realizado por profissionais ou empresas de notória especialização; e que (iii) a realização da licitação será inadequada para obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

b) A comprovação da notória especialização do profissional ou da empresa não decorre de um juízo subjetivo do administrador público, mas do reconhecimento do profissional ou da empresa, dentro do campo em que atua, como apto a prestar, com excelência, o serviço pretendido.

c) A notoriedade, de acordo com a Lei no 14.133, de 2021, pode ser comprovada de diversas maneiras, como, por exemplo, desempenho anterior de serviço idêntico ou similar ao almejado pela Administração, publicações em periódicos de elevada qualificação acadêmica, reconhecimento do alto nível da equipe técnica que presta o serviço.

d) Além da notória especialização, deve a Administração demonstrar que os preços são adequados à realidade do mercado segundo os critérios de pesquisa de preços determinados pela legislação.

e) Ao administrador público cabe o dever de motivar sua decisão na comprovação da confiança que tem no prestador de serviço por ela escolhido.



Em todos os casos listados no dispositivo, somente a Administração, na pessoa do agente administrativo responsável pela contratação, pode dizer que aquele serviço é adequado, capaz de atender ao interesse público, na medida em que deposita no prestador de serviço nível de confiança superior aos demais prestadores de serviço. Para tanto, faz-se indispensável comprovar, no bojo do processo de contratação direta, a notória especialização do profissional ou empresa. A definição de notória especialização é dada pelo **art. 6º, XIX, da lei**, nos seguintes termos:

"XIX – notória especialização: qualidade de profissional ou de empresa cujo conceito, no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permite inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato;"

(Grifo Nosso)

f) Em relação ao ponto principal, acerca da não previsão da comprovação da natureza singular do serviço a ser prestado pela empresa ou profissional de notória especialização, pelas razões elencadas neste parecer, manifestamo-nos pela desnecessidade de sua comprovação para a contratação por inexigibilidade de licitação, desde que o administrador adote as cautelas elencadas nas letras "a" a "e", de forma que a motivação de seus atos conste expressamente nos autos do procedimento administrativo.

Desta feita, é forçoso concluir pela ausência de cumprimento dos requisitos citados na presente instrução processual, notadamente daqueles trazidos pela letra "a" e "e". Ou seja, não há nos autos quaisquer documentos que evidenciem a notória especialização do prestador de serviços selecionado, dentre outros, razão pela qual entendemos pela impossibilidade de realização da propensa contratação por inexigibilidade com fulcro no **Art. 74, III, da Lei 14133/21.**

De mais a mais, em relação ao valor do pretense contrato, identifico que fora apresentado o valor estimado à Requisição de Serviços, todavia, deve a Administração Pública apresentar, ainda, a justificativa de preço, requisito necessário para a contratação. Importante é demonstrar, em se tratando, mesmo, de inexigibilidade, que o preço ofertado é o mesmo praticado no mercado pela empresa – e a forma (composição de custos) para o alcance de tais valores, o que pode ser realizado com a comparação de outras contratações similares, com



planilha de valores praticados no mercado, demonstrando serem os mesmos da proposta, o que deve ser apresentado previamente nos autos. Imprescindível, ainda, a apresentação prévia da Tabela de Custos Unitários – já que há a incidência de mão de obra, em atenção às determinações do Tribunal de Contas da União. Tal comprovação também não consta dos autos.

Em linhas finais, é imperioso reiterar que a contratação direta por inexigibilidade de licitação em face da inviabilidade fática de competição permite que a Administração Pública contrate fornecedor sem a implementação do procedimento de escolha da melhor proposta, ou seja, a realização de um procedimento licitatório. Contudo, tal autorização não desobriga a Administração Pública de observar as demais condições que lhes são impostas, para fins de contratação.

Os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação envolvem, na verdade, um procedimento especial e simplificado para seleção do contrato mais vantajoso para a Administração Pública. Há uma série ordenada de atos, colimando selecionar a melhor proposta e o contratante mais adequado. **A ausência de licitação não significa desnecessidade de observar formalidades prévias (...)**” - Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2012, pág. 442).

Acerca do tema, ensina Diógenes Gasparini:

“Diga-se, ainda, que a inexigibilidade do procedimento licitatório não libera a entidade, de regra obrigada a licitar, das demais exigências. Então deve tomar as cautelas devidas, relacionadas com a comprovação da capacidade jurídica, técnica, econômico-financeira e com a regularidade fiscal. Deve ainda preocupar-se com a emissão da nota de empenho, a celebração do contrato, a publicação e com as outras exigências legais” (Direito Administrativo, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 553).(gn)

É evidente que os processos de dispensa e de inexigibilidade de licitação não exigem o cumprimento de etapas formais imprescindíveis num processo de licitação, entretanto devem obediência aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa, impostos à Administração Pública.

~~Com relação ao prestador do serviço, a inexigibilidade de licitação deve ser justificada pelo fato~~



da inviabilidade de competição, eis que deve ser ausente a pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública, o que deve ser declarado pelo Ordenador de Despesa, nos autos.

E acerca da justificativa de contratação direta, deve-se evidenciar todos os requisitos necessários à caracterização da situação prevista na Lei e, no caso em que a descrição do objeto for relevante para definir a contratação, deve a Autoridade Administrativa mencionar que as características restritivas para a licitação são necessárias e indispensáveis ao atendimento do interesse público.

Portanto, a Administração Pública deve justificar no processo administrativo tanto a necessidade de contratação do serviço como a necessidade/possibilidade de contratação direta, o que não consta dos autos.

3 – CONCLUSÃO

Salienta-se, por fim, que a análise desta Procuradoria restringe-se aos aspectos jurídicos, não compreendendo aspectos técnicos e de conveniência e oportunidade. Ressalto que a conveniência das aquisições e aspectos técnicos dos bens a serem adquiridos, bem como valores médios, não foram objetos de análise por não se relacionarem aos aspectos da legalidade jurídica.

Pelas razões apresentadas, entendemos pela impossibilidade de realização da propensa contratação por inexigibilidade com fulcro no Art. 74, III, da Lei 14133/21.

Ante o exposto, estas são as considerações a serem apresentadas, sem embargos de posicionamentos divergentes, os quais respeitamos.

É o parecer, que submeto à consideração superior, nos termos da legislação de regência.

Aracruz-ES, 05 de Junho de 2024.

BRUNO DE CASTRO COSTA

Procurador do Município

OAB/ES 14.105



PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi assinado eletronicamente e pode ser acessado no endereço <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> utilizando o identificador 3400390039003600320031003A00540052004100

Assinado eletronicamente por **BRUNO DE CASTRO COSTA** em **05/06/2024 22:17**

Checksum: **2E3BC2BA5E374A32F2C8AE7F1976257E4330628196E58D00484DB36EDE1397C7**



Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> com o identificador 3400390039003600320031003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.