

PROCURADORIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS**PARECER****Processo 41530-24**

Assunto: Inexigibilidade de Licitação

Interessada: SEMPLA

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. Empresa para elaboração do Plano de Gestão Integrada da Orla de Aracruz/ES. ART. 72 e ss da Lei 14.133/21. Considerações.

1 – RELATÓRIO.

Trata-se de processo em que a Secretaria deste Município requer análise e Parecer Jurídico sobre a realização de contratação direta de profissional para elaboração do Plano de Gestão Integrada da Orla de Aracruz/ES.

O processo, para regular andamento, deve ser minimamente instruído com Memorando Interno manifestando interesse/necessidade na contratação, Termo de Referência, justificativa de contratação, justificativa de contratação direta por inexigibilidade, justificativa do preço estabelecido e a sua viabilidade econômica no caso em apreço.

Ainda, caso se trate de mais de um item, importante ainda a justificativa pela não divisão do objeto.

Já nesta lista prefacial, entendo que o processo deve ser melhor instruído para prosseguir.

Não obstante, destacaremos outros pontos de óbice ao pretendido.

É o relatório.

2 – ANÁLISE JURÍDICA.

Preliminarmente, deve-se salientar 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, como a conveniência da contratação.



No que tange ao controle interno, de atribuição da Secretaria requisitante, constatamos que o processo encontra-se autuado, protocolizado (art. 53 da Lei 14.133/21), devendo conter o termo de Referência com a justificativa da autoridade competente para a realização da contratação, indicação do seu objeto, indicação de dotação orçamentária para a respectiva despesa, em conformidade com o art. 53.

INEXIGIBILIDADE.

Consoante dispõe o art. 74 da Lei nº 14.133/2021, a inexigibilidade de licitação deriva da inviabilidade de competição, ou seja, são aquelas situações em que não é possível se escolher a proposta mais vantajosa, pois a estrutura legal do procedimento licitatório não é adequada para a obtenção do resultado pretendido.

É importante esclarecer que o legislador não cuidou de esclarecer o conceito de viabilidade de competição, limitando-se a trazer um rol de hipóteses (exemplificativo) na qual se presumiu a impossibilidade de competição entre os licitantes, em razão da natureza dos produtos e/ou serviços que serão adquiridos pela Administração.

Neste sentido, vejamos as hipóteses de inexigibilidade de licitação previstas na Lei nº 14.133/2021:

“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 comerciais 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.

§ 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.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

§ 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.

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

Como se pode notar, o elenco meramente ilustrativo dos incisos supramencionados se justifica em razão da clara dificuldade do legislador em sistematizar todos os eventos que podem



conduzir à inviabilidade de competição, que é causada pela própria complexidade do mundo real, cuja riqueza é impossível de ser limitada por regras jurídicas.

Em resumo, a partir da leitura atenta do art. 74 da nova [lei de licitações](#) é possível afirmar que, via de regra, a inexigibilidade de licitação restará configurada quando houver:

- a) ausência de pluralidade de alternativas;
- b) ausência de mercado concorrencial;
- c) ausência de objetividade na seleção do objeto;
- d) ausência de definição objetiva da prestação a ser executada;

Entrementes, todas as hipóteses do inciso III do artigo mencionando devem necessariamente atender ao disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo, a saber:

“§ 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.”

Desta forma, é primordial que seja cumprido o pressuposto legal previsto no parágrafo terceiro da lei, bem como que não seja possível propiciar a disputa por eventuais pretendes de prestar o serviço ao Município de Aracruz/ES.

No que diz respeito à minuta de edital apresentada, no caso de uma contratação direta, como no presente, devendo conter os mesmos requisitos que lei exige para a formalização do edital de uma licitação, no que couber, como objeto, justificativa, local de execução, valor do pretenso contrato, sanções, condições de pagamento, conforme art. 18 da Lei 14.133/21.



A nova Lei de Licitações trouxe dispositivo próprio para o regulamento, vejamos:

O processo deve ser instruído com alguns outros documentos descritos no art. 72 da Lei 14.133/21, *in verbis*:

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.

Assim, da mesma forma que qualquer procedimento, a contratação direta deve ser instruída com **justificativa de contratação**, baseando-se notadamente no interesse público, **justificativa do valor do contrato e justificativa de escolha do(s) contratado(s)**.

Em princípio, todas as obras, serviços, compras e alienações promovidas pelo Poder Público devem ser precedidas de licitação, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (CF art. 37, XXI).

Entretanto, casos há em que a competição se torna inviável ou impossível. A licitação será, pois, inexigível, já que ausente uma de suas razões de existir: a pluralidade de ofertas a promover uma disputa entre particulares.

Diferentemente da dispensa de licitação, onde a competição é possível, mas a realização do certame não é obrigatória por força de lei; na inexigibilidade, o ente público não tem opção, não há discricionariedade a observar. O que vale é a impossibilidade de obter propostas equivalentes, ou melhor, de ter o produto ou serviço necessário prestado satisfatoriamente por mais de um indivíduo. Em última análise, a inexigibilidade é condição que se impõe à Administração, como única forma de atendimento ao interesse público.

A contratação direta por inexigibilidade de licitação é uma exceção à regra do art. 37, XXI, da Constituição Federal, e está prevista no art. 74 da Lei nº 14.133, de 2021:



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.

A situação de inexigibilidade eventualmente existente deve ser justificada obrigatoriamente, devendo o processo ser instruído com a caracterização da situação de inexigibilidade, razão da escolha do fornecedor (ou executante) e justificativa do preço, tudo conforme parágrafo único do art. 72 da Lei nº 14.133, de 2021.

Nesse prisma, é cabível a contratação direta, mediante inexigibilidade de licitação, desde que o setor competente elabore parecer técnico (artigo 72, III, da Lei n.º 14.133, de 2021) e demonstre documentalmente nos autos, a existência dos seguintes requisitos, cumulativamente:

- a) a inviabilidade de competição, deve a Administração demonstrar as reais necessidades e a essencialidade que justifiquem a especificidade do objeto, o qual deve apresentar características especiais e ímpares, ou seja, só haver uma solução que atenda à necessidade da Administração;*
- b) a existência de apenas um único fornecedor com capacidade e qualificações para ser contratado.*

Em relação à inviabilidade de competição, deve a Administração instruir o processo com comprovação acerca da exclusividade da prestação do serviço pretendido pela empresa que será contratada, o que pode ser feito pelas seguintes formas:

- declaração sobre a exclusividade;
- cópia da lei estadual/municipal que determina a criação do serviço e sua abrangência;
- ou
- cópia de contratos em que especificada a abrangência da atuação da empresa contratada.

Tal requisito se confunde com o próprio motivo da contratação direta (exclusividade na prestação do serviço público).

Vale ressaltar que a análise quanto ao mérito das avaliações da inviabilidade de competição não compete a este órgão consultivo, que não possui a expertise necessária para verificar se, de fato, existe ou não viabilidade de competição, **cabendo à área técnica se certificar quanto à veracidade das informações trazidas aos autos.**

De início, alertamos que, mesmo nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, a comprovação da habilitação do contratado deve ser exigida com relação aos aspectos essenciais à regularidade da contratação (art. 72, V, c/c art. 91, § 4º, art. 92, XVI, e art. 161 da Lei nº 14.133, de 2021).



Compete ao gestor verificar a situação da futura contratada junto aos seguintes cadastros/sistemas:

- Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF;
 - Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal - CADIN
 - Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas - CEIS, mantido pela Controladoria-Geral da União;
 - Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa, mantido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ
 - Lista de Inidôneos, mantida pelo Tribunal de Contas da União – TCU;
 - Banco Nacional de Devedores Trabalhistas – CNDT.
- Certidões negativas e declarações legais.

Ressalte-se que é essencial, também, a declaração relativa ao cumprimento do disposto no artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

Assim, cabe a área técnica atestar que o serviço pretendido se enquadra nas hipóteses do artigo acerca da inexigibilidade, bem como que a empresa atende ao requisitos legais, que não é verificado até o momento. bem como o gestor atestar a disponibilidade orçamentária e a vantajosidade (pesquisa de mercado).

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 e oportunidade das decisões, não foram objetos de análise por não se relacionarem aos aspectos da legalidade jurídica. A manifestação jurídica é meramente opinativa, cabendo ao gestor avaliar as questões de ordem técnico-administrativas.

Recomendações, além daquelas no corpo do parecer: Instruir o processo com o seguinte:

- Termo de Referência
- justificativa de contratação direta por inexigibilidade, explicando a inviabilidade de competição
- justificativa de contratação
- justificativa do preço estabelecido e a sua viabilidade econômica no caso em apreço;
- adequação da minuta de edital, no que couber
- justificativa de escolha do(s) contratado(s)

Cumpridas as recomendações acima, deverá a autoridade competente ratificar e publicar na imprensa oficial e jornal o ato que declarou a licitação inexigível, bem como disponibilizar link para acesso.

Ante o exposto, em tese, pelo que se apresenta nos autos não é viável o prosseguimento do



expediente com a inexigibilidade/contratação pretendida.

Estas são as considerações a serem apresentadas, sem embargos de posicionamentos divergentes, os quais respeitamos, lembrando que a decisão administrativa, a escolha do artista e a justificativa são de responsabilidade da autoridade emitente e contraente.

É o Parecer. S.m.j. Tratando-se de repercussão social e parecer contrário, ao superior.
Aracruz-ES, 01 de dezembro de 2024.

MOISES SASSINE EL ZOGHBI

Procurador Municipal

OAB/ES 9.279



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 3600320037003500350031003A00540052004100

Assinado eletronicamente por **MOISES SASSINE EL ZOGHBI** em 01/12/2024 15:42

Checksum: **A8218F37B3C92E1D674A8A322F48717021CC46230B0EE756884C2EB8DF3C096E**



Autenticar documento em <https://aracruz.prefeiturasempapel.com.br/autenticidade> com o identificador 3600320037003500350031003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme art. 4º, II da Lei 14.063/2020.