



Parecer nº 038/2024-CJL/CMS

Interessado: Departamento de Licitações e Contratos da Câmara Municipal de Santarém

Assunto: Inexigibilidade de licitação

CONSULTA JURÍDICA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATOS. PARECER REFERENCIAL. CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE. NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL (ART. 74, INCISO III, LETRA 'F', DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021). PESSOAS FÍSICAS E PESSOAS JURÍDICAS DETENTORAS DE NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO (ART. 74, III, "F", E § 3º DA LEI N. 14.133/2021). AÇÕES EDUCACIONAIS EXTERNAS. INSCRIÇÃO EM CURSOS ABERTOS NO MERCADO

1. RELATÓRIO

Trata-se de pedido de análise jurídica (consulta), requerida através do Memorando nº 151/2024 do Departamento de Licitações e Contratos da Câmara Municipal de Santarém, a fim de ser emitido parecer acerca da contratação direta, por meio de inexigibilidade de licitação, de serviços de natureza técnica especializada, especificamente de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, com pessoas físicas e/ou com pessoas jurídicas detentoras de notória especialização, à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (art. 74, III, letra "f", da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021).

Os autos, contendo 1 (um) volume e 060 (sessenta) páginas, foram regularmente formalizados e encontram-se instruídos com os seguintes documentos, no que importa à presente análise:

- a) Memo n.º 100/2024-DIREÇÃO GERAL/CMS: solicitação da Direção-geral da Casa para abertura e formalização de processo licitatório.
- b) Documento de Formalização de Demanda – DFD (fls. 002/003);
- c) Pedidos de inscrição e participação no curso (fls. 004/009);
- d) Documentos de habilitação (fls. 015/043)
- e) Termo de referência (fls. 049/056);

É o breve relatório.

Em análise da documentação encaminhada, cumpre elaborar as seguintes considerações.

2. DA ANÁLISE JURÍDICA

2.1 Requisitos para a contratação de treinamentos externos, por inexigibilidade de licitação

A capacitação de servidores em cursos é um dos requisitos estabelecidos na Constituição Federal para a promoção na carreira (CF, art. 39, § 2º) e tem o objetivo de desenvolver, nos agentes públicos, as qualidades necessárias para o desempenho satisfatório de suas atribuições, com a conseqüente melhoria dos serviços prestados à sociedade.

A capacitação de agentes políticos, em particular vereadores, por meio de cursos oferece uma série de benefícios tanto para os próprios políticos quanto para a comunidade que representam. A educação política é essencial para a eficácia no exercício do mandato. Os cursos capacitam os vereadores a compreenderem melhor as questões políticas, jurídicas, sociais e econômicas que envolvem sua atuação, permitindo-lhes tomar decisões mais fundamentadas e conscientes.

A rigor, os cursos de capacitação para agentes políticos, especialmente vereadores, são fundamentais para promover uma atuação mais qualificada, ética e comprometida com o interesse público, fortalecendo assim a democracia e contribuindo para o desenvolvimento sustentável das comunidades locais.

Como é sabido, as contratações públicas são, em regra, precedidas de procedimento licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, por força do que prescreve a Constituição Federal em seu art. 37, inciso XXI. A Lei n. 14.133/2021, no entanto, previu casos – também com fundamento nesse dispositivo constitucional – em que o procedimento poderá ser dispensado, ao tratar das hipóteses de contratação direta (arts. 72 e seguintes).

As hipóteses de contratação direta abrangem os procedimentos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, sendo a inexigibilidade invocável quando não houver possibilidade de competição, ou seja, quando for inviável a realização de licitação para escolha objetiva da proposta mais vantajosa.

Sobre o assunto, aduz Marçal Justen Filho que a inviabilidade de competição é um conceito complexo e pode decorrer de fatores diversos, inclusive da ausência de critérios objetivos para seleção do objeto, *in verbis*:

[...]

1.3) "Inviabilidade de competição" como uma decorrência

É imperioso destacar que a inviabilidade de competição não é um conceito simples, que corresponda a uma ideia única. Trata-se de um gênero, comportando diferentes modalidades. Mais precisamente, a inviabilidade de competição é uma consequência, que pode ser produzida por diferentes causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação.

[...]

3) Ausência de pressupostos necessários à licitação

[...]

3.1) Ausência de pluralidade de alternativas

A primeira hipótese de inviabilidade de competição reside na ausência de pluralidade de alternativas de contratação para a Administração Pública. Quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação é imprestável. Mais precisamente, não há alternativa diversas para serem entre si cotejadas.

3.2) Ausência de "mercado concorrencial"

[...]

3.3) Ausência de objetividade na seleção do objeto

A hipótese imediatamente considerada acima também se caracteriza, como regra, pela impossibilidade de seleção segundo critérios objetivos. Existem diferentes alternativas, mas a natureza personalíssima da atuação do particular impede julgamento objetivo. É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. Ainda que seja possível determinar o custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente

imponderáveis. Essa incerteza deriva basicamente da natureza subjetiva da avaliação, eis que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais, artísticos, criativos e assim por diante. Não há critério objetivo de julgamento para escolher o melhor. Quando não houver critério objetivo de julgamento, a competição perde o sentido.¹

Ao tratar do instituto da inexigibilidade de licitação, Edgar Guimarães e Ricardo Sampaio distinguem as espécies de inviabilidade de competição entre relativa e absoluta, nos seguintes termos:

[...]

A inviabilidade de competição pode ser absoluta (art. 74, inciso I e IV) ou relativa (art. 74, incisos II, III e V). Configura a inviabilidade absoluta a inexistência de competidores, ou seja, quando apenas uma pessoa pode executar o objeto pretendido pela Administração (art. 74, inciso I) ou quando a Administração precisa contratar todos os interessados que preenchem as condições definidas para a contratação (art. 74, inciso IV). Será relativa quando, apesar de existir mais de uma pessoa capaz de executar o objeto pretendido, a Administração não dispuser de meios e critérios objetivos para selecionar a proposta mais vantajosa.²

Nesse diapasão, cumpre transcrever o teor da hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no art. 74, inciso III, alínea “F”, da Lei n. 14.133/2021:

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

[...]

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 959/960.

² GUIMARÃES, Edgar e SAMPAIO, Ricardo. Dispensa e inexigibilidade de licitação: Aspectos jurídicos à luz da Lei nº 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 63.

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:

[...]

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

Como é possível inferir, é inexigível a licitação quando inviável a competição e, nessa hipótese em especial, para as contratações de serviços técnicos especializados, de natureza predominantemente intelectual, com profissionais ou empresas de notória especialização, tendo por finalidade o treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

Nessa ordem de ideias, observa-se que a hipótese de inexigibilidade prevista no art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei n. 14.133/2021 decorre justamente da ausência de parâmetros objetivos para a seleção do objeto. Conforme já mencionado, os requisitos exigidos pela norma são: inviabilidade (relativa) de competição; contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização; não se tratar de serviços de publicidade ou divulgação; contratação que envolva treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

Ressalta-se que a própria Lei n. 14.133/2021 já estabelece que os serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal são considerados serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual (art. 6º, XVIII, “f”) e que a notória especialização é a “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” (art. 6º, XIX, e art. 74, § 3º, da Lei n. 14.133/2021).

Tendo em vista que os serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal já são considerados, pela lei, serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, entende-se que a caracterização da inexigibilidade dependerá, precipuamente, da comprovação da notória especialização do profissional ou da empresa a ser contratada, de acordo com os requisitos e critérios do art. 6º, XIX, e do art. 74, § 3º, da Lei n. 14.133/2021.

Ainda de acordo com as lições de Marçal Justen Filho, a notória especialização diz respeito à comprovação de que o serviço a ser prestado pelo particular é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do interesse público.¹

Assim, para a contratação de treinamentos externos, por inexigibilidade de licitação, deve ficar devidamente demonstrada nos autos a notória especialização da pretensa contratada.

Cabe esclarecer que a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) – ao contrário da Lei n. 8.666/1993 (art. 25, II) – deixou de exigir a comprovação

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

da singularidade dos serviços para caracterização da inexigibilidade. A despeito disso, instalou-se certa controvérsia doutrinária acerca da (in)aplicabilidade do requisito, levando-se em consideração o entendimento exarado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 2.761/2020-Plenário, no qual se decidiu, em caso equivalente de inexigibilidade para as empresas estatais – inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016 –, que o requisito da singularidade dos serviços subsiste.

De qualquer modo, conforme já mencionado anteriormente, compreende-se que a hipótese de inexigibilidade prevista no art. 74, inciso III, alínea “f”, da Lei n. 14.133/2021 decorre justamente da ausência de parâmetros objetivos para a seleção do objeto. Ou seja, ainda que existam diferentes alternativas para suprir a necessidade pública, a natureza personalíssima da atuação do particular impede o julgamento objetivo, uma vez que a natureza da prestação envolve fatores intelectuais. Em outras palavras, o que deve ficar demonstrado é que a escolha do objeto perpassa critérios subjetivos, que não são passíveis de mensuração em eventual processo licitatório, o que justifica a contratação por inexigibilidade de licitação.

Por oportuno, registra-se, por exemplo, que o Tribunal de Contas da União (TCU) já se posicionou favorável à inexigibilidade de licitação para a inscrição de servidores em cursos abertos a terceiros, conforme se observa no trecho do Acórdão n. 439/1998-Plenário: “Considere que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem assim a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei no 8.666/1993”.

A AGU, na orientação Normativa n. 18, de 1º de abril de 2009, também corrobora esse posicionamento, nos seguintes termos: “Contrata-se por inexigibilidade de licitação, com fundamento no art. 25, inc. II, da Lei nº 8.666, de 1993, conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ou a inscrição em cursos abertos, desde que caracterizada a singularidade do objeto e verificado tratar-se de notório especialista.”

Por todo o exposto, considera-se que a contratação de treinamentos externos, por inexigibilidade de licitação, depende da presença dos requisitos descritos neste tópico, além de outros que serão detalhados adiante.

2.2. Da contratação. Do processo formal de contratação direta (art. 72 da Lei n.º 14.133/21)

A flexibilização no dever de licitar não implica ausência de processo formal. Ou seja, na contratação direta, é necessário observar a Lei Federal nº 14.133/2021 no que tange aos procedimentos mínimos e à formalização do processo de inexigibilidade.

A realização do processo de contratação direta por inexigibilidade de licitação, fundamentado na Lei n.º 14.133/2021, precisa guardar observância ao artigo 72, que assim dispõe:

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.

As regras do art. 72 são complementadas pelo Ato da Mesa n.º 001/2024, que disciplina a aplicação da Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Câmara Municipal de Santarém.

2.2.1 Documento de formalização da demanda (DFD)

Conforme decorre do artigo 72, inciso I, da Lei Federal n.º 14.133/2021, o procedimento da contratação direta deverá ser instruído, inicialmente, com o documento de formalização de demanda.

Como procedimento inicial de abertura do processo administrativo da contratação direta, na norma da Casa, tal documento consiste no instrumento de oficialização de pedido, sendo documento em que se caracteriza uma demanda administrativa a ser atendida por novo processo de contratação (v. Ato da Mesa n.º 001/2024, Anexo I, art. 1º, XXII).

Conforme o Art. 4º do Anexo II do Ato da Mesa n.º 001/2024, as demandas deverão ser formalizadas pela unidade demandante por meio de expediente próprio, e a formalização deverá contemplar, no mínimo, descrição da necessidade que deve ser atendida pela demanda a ser formalizada, os objetos a serem contratados e a data desejada para o recebimento do objeto ou prestação do serviço, itens esses que foram devidamente atendidos pelo documento de fls. 001/002.

Art. 4º As demandas que venham a implicar abertura de processos de contratação, exceto acionamento de Ata de Registro de Preços (ARP), deverão ser formalizadas pela unidade demandante por meio de expediente próprio, endereçado à Direção-Geral da Casa.

§ 1º A formalização da demanda deverá contemplar, no mínimo, as seguintes informações obrigatórias:

I - descrição da necessidade que deve ser atendida pela demanda a ser formalizada;

II - objetos a serem contratados;

III - data desejada para o recebimento do objeto ou prestação do serviço.

§ 2º A demanda somente será considerada formalizada após a aprovação do titular da unidade demandante, ou de seu substituto, conforme normas de organização interna.

(...)

2.2.2 Agente de contratação

Na forma do disposto no art. 8º, da Lei n. 14.133/2021, o agente de contratação da fase interna e o da fase externa em processos licitatórios devem estar investidos em cargo efetivo ou emprego público do quadro permanente da Administração Pública.

Todavia, por força do Art. 25, § 2º, I, do Anexo II do Ato da Mesa n.º 001/2024, o agente de contratação, no âmbito da Câmara Municipal de Santarém, será, preferencialmente, servidor público efetivo ou empregado público do quadro permanente, isto é, não haverá obrigatoriedade dessa qualificação do agente público designado, mas será apenas uma opção para o gestor público diante da realidade da repartição administrativa.

Outrossim, para a designação, deve o gestor público, também, atentar-se para o cumprimento do **princípio da segregação de funções** que veda a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação, na forma disposta no art. 7º, §1º, da Lei Federal nº 14.133/21

Nesse sentido, foi designado formalmente nos autos o agente de contratação responsável pela condução do procedimento ora analisado (v. fls. 012)

2.2.3 Estudo Técnico Preliminar (ETP)

Optou-se pela não elaboração do ETP, conforme justificativa de fls. 013.

Segundo o que preconiza o art. 3º, §1º. I, do Anexo III de Ato da Mesa n.º 001/2024, o Estudo Técnico Preliminar será, em regra, obrigatório para todas as contratações pretendidas pela Câmara Municipal de Santarém, podendo ser dispensada, desde que devidamente justificado pelo Órgão Técnico, quando, alternativamente:

- a) a sua realização mostrar-se incompatível, sob o ponto de vista da eficiência e economicidade, com a natureza e o valor do objeto da contratação;
- b) pelas circunstâncias e elementos consignados no documento de oficialização da demanda, restar evidenciada, de forma inquestionável, a melhor solução para o atendimento da necessidade da Administração;

- c) a melhor solução para o atendimento da necessidade da Administração for previamente identificada a partir de processos de padronização, pré-qualificação e outros procedimentos similares.

No caso, entendeu o órgão competente pela dispensa do ato, na forma da alínea “b”, acima indicada.

2.2.4 Termo de Referência (TR)

Sob a regência do art. 6º, incisos XXIII e XXV da Lei nº 14.133/2021, o Termo de Referência passou a ser o documento exigido nas contratações para compras e serviços, excepcionando obras e serviços de engenharia.

Desse modo, considerando que o objeto referencial não se refere a obras e nem serviços de engenharia, o Termo de Referência é o instrumento adequado para subsidiar a contratação nos moldes do art. 74, III, “f”, da nova lei de licitações e contratos administrativos.

Segundo o art. 6º, XXIII, da Lei nº 14.133/2021, o Termo de Referência deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

XXIII – [...]:

- 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;

Em linhas gerais, ressalte-se que o Termo de Referência é o documento elaborado na etapa do planejamento da fase preliminar da licitação ou da contratação direta que, em regra, reunirá informações que possibilitará ao gestor a avaliação de viabilidade – técnica e econômica – da futura contratação pública para compras de bens e/ou prestação de serviço, a fim de atender às necessidades da Administração Pública.

O documento foi apresentado às fls. 048/056, tendo sido atendidos os requisitos legais.

2.2.5 Da estimativa de despesa e da demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido

O art. 72, inciso II, da Lei nº 14.133/21 estatui que o processo de contratação direta deve ser instruído com a estimativa de despesa que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 da Lei.

Este último dispositivo estatui que “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”.

Decerto, nas contratações por inexigibilidade de licitação, em que não há viabilidade de competição, a habitual pesquisa de mercado – tal como realizada nos demais procedimentos de contratação – submete-se a algumas peculiaridades.

Isso porque a natureza personalíssima da atuação do particular dificulta a comparação com preços de serviços semelhantes, prestados por executores diversos. Em razão disso, a justificativa de preço deve ocorrer por meio da comprovação do preço ofertado pela potencial contratada com aquele que ela pratica junto a outros entes adquirentes, especialmente junto a outros órgãos públicos.

Vale destacar que o § 4º do art. 23 da Lei nº 14.133/21 especificou que nas contratações diretas por inexigibilidade, 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.

Especialmente no que refere ao regulamento interno da Casa, o Anexo II do Ato da Mesa Diretora n.º 001/2024 estabelece diretrizes auxiliares para a estimativa de valores em casos de inexigibilidade, conforme art. 10, §§ 5º e 6º, que assim dispõe:

Art. 10 (...)

§ 5º O valor estimado das contratações de bens e serviços por meio de inexigibilidade de licitação será igual ao preço total da proposta comercial encaminhada pela pretensa contratada à Câmara Municipal de Santarém, o qual deverá ser devidamente justificado.

§ 6º A justificativa do preço em contratações de bens e serviços por meio de inexigibilidade de licitação deverá ser realizada, para cada item a ser contratado:

I - por meio da comprovação da razoabilidade de preços, a qual deverá ser verificada em pesquisa de preços, conforme procedimentos descritos no Anexo V deste Ato, para objetos similares;

II - excepcionalmente, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no inciso I deste parágrafo, por meio da comprovação da regularidade de preços feita a partir da anexação de, no mínimo, 3 (três) documentos idôneos em nome da própria proponente, referentes ao mesmo objeto (notas fiscais, contratos ou notas de empenho) e emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data de envio, que demonstrem que o preço ofertado à Câmara Municipal de Santarém é igual ou inferior àquele cobrado de outras entidades, públicas ou privadas.

III - caso a futura contratada não tenha anteriormente comercializado o mesmo objeto e fique evidenciada a impossibilidade de observância dos incisos I e II deste parágrafo, a regularidade dos preços poderá ser realizada por meio da apresentação de documentos idôneos que comprovem a execução ou o fornecimento por parte da própria proponente de objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.

Nota-se que a justificativa de preço foi materializada em documento de fls. 044, no qual se ratifica que o preço ofertado é igual àquele cobrado de outras entidades públicas.

De qualquer forma, deve haver demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido, o que pode ser feito mediante a indicação da dotação orçamentária ou declaração do Ordenador de Despesas de adequação orçamentária e financeira.

Quanto à demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido (art. 72, inciso IV), e em atenção ao que preconiza o art. 16, inciso II, da Lei Complementar 101/2000 e art. 72, inciso IV da Lei (Federal) 14.133/2021, foi apresentada nos autos a Declaração de Disponibilidade e Adequação Orçamentária e Financeira devidamente assinada pelo ordenador de despesas, com a indicação da dotação orçamentária pela qual correrá a despesa.

2.2.6 Do parecer técnico e do parecer jurídico

O artigo 72, inciso III, da Lei Federal n.º 14.133/2021¹³⁴ prevê que o processo de contratação direta deverá ser instruído de “parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos”.

No tocante ao parecer técnico, deverá ser analisado, em cada caso concreto, a necessidade de sua elaboração. Em se entendendo pela necessidade de sua elaboração e, após a instrução dos autos, a equipe técnica terá condições de proferir parecer técnico conclusivo, manifestando se concorda com a existência dos requisitos para que haja a contratação no caso concreto.

Quanto ao parecer jurídico, o § 4º do artigo 53 da Lei Federal nº 14.133/2021 estatui a necessidade da existência do parecer nas contratações diretas, o que se cumpre a partir da edição do presente documento.

2.2.7 Da comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária

O art. 72, inciso V, da Lei Federal n.º 14.133/2021 estabelece a necessidade de comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima. Dessa forma, devem ser observadas as disposições dos artigos 62 e 66 a 70 da Lei Federal n.º 14.133/2021, que tratam da documentação exigida para a habilitação da empresa.

A habilitação jurídica, prevista no art. 66 da Lei 14.133/21, deve se limitar à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

O artigo 68 da Lei 14.133/21 se encarrega de elencar os requisitos sujeitos à verificação para comprovação das habilitações fiscal, social e trabalhista: (i) a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (ii) 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) regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; (iv) regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (em conformidade com o art. 2º, da Lei Federal n. 9.012/1995 e art. 195, §3º, da CF); (v) regularidade perante a Justiça do Trabalho; (vi) cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 70 da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz;), que deverá ser atestado mediante declaração.

Em acréscimo, o inciso IV do art. 63 da Lei 14.133/21, exige que o licitante apresente declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas, que deverá ser exigida tão-somente nos casos em que a contratada for pessoa jurídica, conte com 100 (cem) ou mais empregados em seus quadros, nos termos do art. 93, da Lei Federal n. 8.213/91.

De outro lado, o art. 70, III, da Lei n.º 14.133/2021, dispõe que as exigências de habilitação poderão ser dispensadas, “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)”.

Dessa forma, caso a equipe de planejamento faça uso da dispensa do art. 70, III, da Lei nº 14.133/2021 para deixar de exigir parte dos documentos de habilitação, recomenda-se que apresente as motivações pelas dispensas feitas.

Sem prejuízo, observa-se que, no mínimo, não se pode deixar de exigir a habilitação jurídica e aquelas comprovações exigidas na Constituição e em outras leis especiais, quais sejam: regularidade perante a Seguridade Social (artigo 195, §3º, da Constituição), regra do trabalho proibido a menores de idade (art. 7º, inc. XXXIII), regularidade perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (artigo 2º da Lei 9.012/95 e artigo 27 da Lei 8.036/90).

2.2.8 Da razão da escolha do contratado

Quanto à razão para a escolha do contratado (art. 72, VI), tendo em vista que na contratação direta a escolha do contratado não é feita objetivamente pelo procedimento licitatório, é necessário que a Administração Pública demonstre nos autos as razões que levaram à escolha do contratado.

Diante da compreensão de que a discricionariedade na escolha pelo gestor não representa mera liberalidade, é oportuno reiterar que os atos da Administração Pública devem ser devidamente motivados, apontados os fundamentos que justificam a opção daquele profissional ou empresa em específico, inclusive em detrimento de alternativas disponíveis.

2.2.9 Da justificativa de preço

No tocante à justificativa de preço, é válido registrar que cabe ao gestor contratante demonstrar a compatibilidade do preço contratado com os hodiernamente praticados no mercado.

A prudência com a realização de despesas por parte do Poder Público relaciona-se intrinsecamente com o dever de que as contratações públicas, derivadas de procedimento licitatório, de sua dispensa ou inexigibilidade, sejam precedidas de pesquisa de preços, em obséquio ao princípio republicano (art. 1.º, *caput*, da CF) e aos corolários da eficiência e economicidade.

Nesse particular, alerta-se que os contratos decorrentes de afastamento de licitação costumam ser vistos com maior rigor pelos órgãos de controle, motivo pelo qual é recomendável que a Administração reúna todos os elementos ao seu alcance para a demonstração da razoabilidade dos preços, visando afastar eventuais questionamentos que apontem para superfaturamento e comprometam a eficácia do ajuste.

Nesse sentido, colhe-se o entendimento do TCU, anterior à Lei Federal nº 14.133/2021, porém plenamente condizente com o novo marco legal: “*realização de uma avaliação técnica e econômica adequada ganha importância na contratação direta, que não está*

sujeita às correções e ajustes de valores possíveis de se alcançar, ao menos em tese, numa concorrência perfeita”¹.

É importante que se atente para que a pesquisa de preços que dará suporte à justificativa de preço se dê nos moldes do termo de referência, considerando exatamente as especificações do objeto, a fim de preservar a fidelidade dos preços pesquisados em relação á aquisição almejada.

Conforme dispõe o art. 10, §6º, do Anexo II do Ato da Mesa n.º 001/2024, a justificativa do preço em contratações de bens e serviços por meio de inexigibilidade de licitação deverá ser realizada da seguinte forma:

Art. 10 (...)

§ 6º A justificativa do preço em contratações de bens e serviços por meio de inexigibilidade de licitação deverá ser realizada, para cada item a ser contratado:

I - por meio da comprovação da razoabilidade de preços, a qual deverá ser verificada em pesquisa de preços, conforme procedimentos descritos no Anexo V deste Ato, para objetos similares;

II - excepcionalmente, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida no inciso I deste parágrafo, por meio da comprovação da regularidade de preços feita a partir da anexação de, no mínimo, 3 (três) documentos idôneos em nome da própria proponente, referentes ao mesmo objeto (notas fiscais, contratos ou notas de empenho) e emitidos no período de até 1 (um) ano anterior à data de envio, que demonstrem que o preço ofertado à Câmara Municipal de Santarém é igual ou inferior àquele cobrado de outras entidades, públicas ou privadas.

III - caso a futura contratada não tenha anteriormente comercializado o mesmo objeto e fique evidenciada a impossibilidade de observância dos incisos I e II deste parágrafo, a regularidade dos preços poderá ser realizada por meio da apresentação de documentos idôneos que comprovem a execução ou o fornecimento por parte da própria proponente de objetos semelhantes de mesma natureza, devendo apresentar especificações técnicas que demonstrem similaridade com o objeto pretendido.

§7º Na impossibilidade de se estimar o valor do objeto nas formas descritas nos incisos I, II e III do § 6º, a pretensa contratada deverá justificar a inviabilidade de envio da documentação requerida para comprovação da regularidade de preços.

2.2.10 Da autorização da autoridade competente

Após analisar toda a instrução do procedimento de inexigibilidade de licitação, caberá à autoridade competente averiguar se existe a presença de alguma irregularidade a ser sanada ou a necessidade de anulação.

Convencendo-se da regularidade do procedimento e a inexistência de motivação para revogar o procedimento por conveniência e oportunidade, haverá a autorização da contratação.

¹ Acórdão n° 10.057/2011 - 1ª Câmara do TCU

2.2.11 Da divulgação da contratação direta

É de se apontar que a Lei n.º 14.133/21 priorizou a divulgação das contratações por meio do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), além de o parágrafo único do artigo 72 do supracitado diploma normativo exigir que 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.

O sítio eletrônico oficial, por seu turno, é definido pelo art. 6º, inciso LII, da Lei Federal n.º 14.133/21 como “sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades”.

Nesse cenário, não haveria mais necessidade de publicação de atos no Diário Oficial. Contudo, conforme art. 55, §2º, “c”, do Anexo II do Ato da Mesa n.º 001/2024, em relação às contratações diretas, após a autorização da despesa pela autoridade competente, a DACC publicará o resultado, quando for o caso, também no órgão de publicação oficial adotado pelo Município.

Ratifica-se, por fim, que além da divulgação no sítio eletrônico oficial, à luz do art. 94, II, da Lei Federal n.º 14.133/21, a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato, devendo ocorrer no prazo de 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

2.3. Dos demais requisitos atinentes à espécie

2.3.1 Da formalização do contrato. Da possibilidade de substituição de termo de contrato por instrumento equivalente

No que concerne à formalização do contrato, deve ser analisado se o valor da contratação não extrapola os limites da dispensa de licitação em razão do valor (art. 75, II, da Lei n. 14.133/2021) ou se o prazo de duração do curso ou treinamento a ser contratado for de até 30 dias, de maneira a se admitir a utilização de outros instrumentos hábeis para a formação do contrato. 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).

O inciso I do artigo 95 da Lei n.º 14.133/21 permite que, nos casos de contratação de objetos que se enquadram na hipótese de dispensa de licitação em razão do valor, o instrumento de contrato venha a ser substituído por outro documento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

Nessa senda, imperioso reconhecer a desnecessidade da formalização do pacto através de instrumento de contrato, pois a quantia da presente contratação está dentro do limite estabelecido para o que se considera pequeno valor para dispensa de licitação (inciso II do artigo 75 da Lei n.º 14.133/2021), de modo que a Administração pode materializar o negócio jurídico por outros instrumentos hábeis.

Não é por outro motivo que, por exemplo, a Orientação Normativa nº 21, de 01 de junho de 2022, exarada pela própria consultoria jurídica da União especializada virtual de aquisições – órgão da AGU –, estabelece que “*nas contratações decorrentes da Lei nº 14.133/2021, independentemente do objeto, do prazo de vigência, do parcelamento do fornecimento, da existência ou não de obrigações futuras e da forma empregada para selecionar o contratado (processo licitatório, contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação), será possível substituir o instrumento de contrato por instrumentos mais simples sempre que o contrato possuir valor inferior aos limites para a dispensa de licitação em razão do valor (art. 75, incisos I e II)*”.

No caso de substituição do instrumento contratual por outro instrumento hábil, o Termo de Referência deverá conter, no que couber e for compatível com a contratação, as disposições do art. 92 da Lei n. 14.133/2021. Assim sendo, acaso não se enquadre na hipótese acima delimitada, deverá ser o contrato formalizado, tendo optado a Administração pela substituição do instrumento contratual por nota de empenho, conforme documento de fls. 057.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, obedecidas as demais regras contidas na Lei Federal nº 14.133/2021 e Ato da Mesa n.º 001/2024, entende-se pelo prosseguimento do feito e seus atos posteriores.

É o parecer, ora submetido à apreciação.

Santarém, 8 de maio de 2024

ALEXANDRE MARTINS MARIALVA
Procurador Jurídico
Câmara Municipal de Santarém
Mat. 120549-8